O PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO E A PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA
organizador

DE ACORDO COM A LEI N. 13.964/2019
LEI ANTICRIME

autores

Alessa Pagan Veiga
André Ribeiro Giamberardino
Daniel Chiaretti
Daniel Diamantaras
Denis Sampaio
Diogo Esteves
Fabio Ribeiro
Franklyn Roger Alves Silva
Gabriela Mosciaro Padua
Helio Antunes Carlos
Júlio Azevedo
Marcella Moraes Pereira das Neves
Maria Stela Migliorini
Maurilio Maia
Mayara Lima Tachy
Renata Tavares da Costa
Rodrigo Murad do Prado
Rômulo Carvalho
Thiago Belotti de Oliveira
Werner Rech

2020

EDITORA CEI

APRESENTAÇÃO

Honrado pelo convite do organizador, Franklyn Roger, coube-me apresentar a obra "O Processo Penal Contemporâneo e a Perspectiva da Defensoria Pública", coletânea de artigos de 20 defensores públicos de 5 Estados, do Distrito Federal e da União.

Combinando profunda análise teórica, com referência à doutrina mais destacada no direito penal, processual penal e execução penal, os trabalhos, além de apontarem a produção teórica defensiva contemporânea, trazem vários casos práticos, enfrentados por defensores nos juízos criminais do Brasil, que auxiliam o estudante ou o profissional na compreensão de temas tão complexos.

A riqueza da atuação da Defensoria Pública brasileira, pontuada na obra pela diversidade das experiências nos Estados, contribui para uma análise crítica do sistema de justiça criminal, em especial da visão utilitarista do Direito como forma de redução da violência nas grandes cidades.

O livro também é expressão da mudança veloz da Defensoria Pública brasileira, especialmente da sua expansão para todos os Estado da Federação. Há 18 anos, quando eu ainda estudava para o concurso da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, eram raras as obras jurídicas produzidas por defensores públicos, pois, além da falta de tradição acadêmica dos integrantes da nossa Instituição, o Brasil contava com muitos Estados sem o serviço público de assistência jurídica.

Durante esse período, novas Defensorias surgiram e estudantes passaram a preparar para prestar concurso público. Com essa nova geração ocupando os cargos de defensores, houve uma oxigenação da Instituição e o início de uma cultura de produção teórica com o olhar defensorial.

Interessante notar que a Defensoria brasileira teve papel ativo no processo legislativo que resultou na Lei n° 13964/2019, pois, além de participar de uma campanha nacional crítica ao projeto oriundo do Ministério das Justiça, O Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais e a Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos apresentaram notas técnicas no Congresso Nacional e indicaram diversos defensores públicos para manifestação nas audiência públicas convocadas para debate do pacote.

A presente coletânea, a par de ser uma ferramenta indispensável para o exercício da defesa criminal e para compreender mudanças tão profundas, reflete a nova Defensoria Pública brasileira que pediu passagem na última década: presença em todas as unidades da Federação; atuação no processo legislativo; uso da comunicação para fomentar o debate público e fonte de produção teórica dos temas que tocam à defesa criminal dos seus usuários.

Os textos enfrentam temas inovadores e com pouquíssima produção acadêmica no Brasil, como a possibilidade da defesa, pública ou privada, realizar atos de investigação; a celebração de acordos no processo penal, inspirados na aplicação do Código de Processo Civil; a figura do *custus vulnerabilis* no processo penal cuja aceitação vem crescendo nos últimos anos, inclusive nos tribunais como são exemplos decisões recentes do Tribunal de Justiça do Amazonas e do Superior Tribunal de Justiça.

Temáticas mais tradicionais na experiência da Defensoria Pública brasileira, como Tribunal do Júri, prisão e liberdade, provas e execução penal foram enfrentadas com o

indispensável olhar crítico adquirido na experiência diária das injustiças e da tragédia social provocada pelo punitivismo e pelo superencarceramento.

Se houve retrocessos na luta antipunitivista, há que se reconhecer que a Lei nº 13964 avançou positivamente na consolidação do sistema acusatório ao prever o juiz de garantias e na redução do encarceramento por meio do acordo de não persecução penal, ambos igualmente analisados em excelentes textos da obra.

Por fim, há interessante abordagem sobre o exercício do direito de defesa para dois grupos que historicamente não recorriam ao serviço público de assistência jurídica: militares e imigrantes.

A ampliação da defesa pública de policiais, bombeiros e militares das Forças Armadas exige dos defensores uma capacitação maior no Direito Penal Militar e no Direito Processual Militar, campos teóricos ausentes dos cursos de graduação e com pouca produção acadêmica, tal como a Execução Penal há 15 anos.

Um livro, portanto, que, em pouco tempo, já se torna indispensável e referência para análise das profundas alterações introduzidas pela Lei nº 13964, em particular para quem atua na defesa criminal, para quem pretende prestar concurso para as carreiras jurídicas e para o estudante que inicia seu contato com o Direito nos cursos de graduação.

Fevereiro de 2020.

RODRIGO BAPTISTA PACHECO

Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro

Vice-Presidente do CONDEGE (Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais)

NOTA DO ORGANIZADOR

A presente obra procura ocupar, despretensiosamente, um espaço negligenciado no processo penal. Uma obra capaz de trazer uma percepção crítica do sistema penal, construído a partir das constatações e reflexões diárias dos membros da Defensoria Pública.

Apesar de o ideário comum tratar os preceitos do garantismo jurídico como um sinônimo de impunidade, os Defensores Públicos lidam diariamente com as incongruências de um sistema penal anacrônico e seletivo.

É por essa razão que reunimos 20 Defensores Públicos que se debruçaram na análise dos pontos mais contemporâneos do Direito Processual Penal brasileiro e da Execução Penal, com um viés crítico e ao mesmo tempo propositivo.

De igual modo, estes valorosos colegas dedicaram suas reflexões aos impactos da nova Lei n. 13.964/2019 e os seus desdobramentos nos Códigos Penal e Processual Penal, além da Lei de Execução Penal.

Temos aqui dezoito artigos destinados a todos aqueles que estudam o processo penal e, em especial, aos Defensores Públicos e candidatos a concursos públicos da Defensoria Pública, pois refletem a visão institucional de nossos velhos e repaginados códigos.

Estendo aqui meus agradecimentos a todos os coautores que se dispuseram a oferecer seus contributos nesse projeto e desejo que este livro possa, de algum modo, ter a utilidade desejada pelos colegas.

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA
O organizador.

OS AUTORES

Alessa Pagan Veiga

Membra Titular da Comissão Nacional Especializada em Execução Penal do Condege. Ex--conselheira Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Ex-membra da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Especialista em direito sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais

André Ribeiro Giamberardino

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Sociologia da UFPR. Defensor Público no Estado do Paraná.

Daniel Chiaretti

Mestre e Doutorando em Ética e Filosofia Política pela USP. Juiz Federal substituto (TRF da 3ª Região).

Daniel Diamantaras

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/PT. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público do Rio de Janeiro.

Denis Sampaio

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/PT; Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ; Professor de Direito Processual Penal; Defensor Público do Rio de Janeiro; Membro Honorário da Comissão Criminal do IAB.

Diogo Esteves

Mestre e Doutorando em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ). Membro da Banca Examinadora do XXV Concurso para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Membro do International Legal Aid Group (ILAG).

Fabio Ribeiro

Professor da EASJUR-DPDF. Defensor Público do Distrito Federal.

Franklyn Roger Alves Silva

Mestre e Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a *Università degli Studi di Pavia*. Professor de Direito Processual Penal e Princípios Institucionais na UCAM e FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Autor de obras e artigos jurídicos.

Gabriela Mosciaro Padua

Mestra em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Defensora Pública no Estado de São Paulo.

Helio Antunes Carlos

Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC.

Júlio Azevedo

Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da Defensoria Pública de São Paulo (GE-DPC-DPSP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Defensor Público no Estado de São Paulo.

Marcella Moraes Pereira das Neves

Pós-graduada em ciências criminais pela Faculdade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Ex-conselheira do Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Ex-membra da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais

Maria Stela Migliorini

Bacharel em Direito. Aprovada XXVIII Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Voluntária na Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Maurilio Casas Maia

Mestre em Ciência Jurídicas (UFPB) e Doutorando (UNIFOR). Pós-graduado *lato senso* em "Direitos Civil e Processual Civil" e em "Direito Público: Constitucional e Administrativo". Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM) e Defensor Público (AM). Colunista no *site* Empório do Direito. Ex-advogado privado e ex-assistente jurídico de desembargador (TJ-AM).

Mayara Lima Tachy

Professora da disciplina Direito Processual Penal. Defensora Pública do Distrito Federal

Renata Tavares da Costa

Mestranda em Direitos Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito na Universidade de Buenos Aires. Pós-Graduação em "Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires"; Pós-Graduação em "100 Reglas de Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos" pela Faculdade de direito da Universidade do Chile; Pós-Graduação no Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law - American University. Ex- Conselheira do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública Titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias.

Rodrigo Murad do Prado

Doutorando em Direito Penal – Universidad de Buenos Aires. Mestre em Direito. Criminólogo. Defensor Público. Professor Universitário

Rômulo Carvalho

Mestre em Direito Penal PUC-MG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Professor universitário e de cursos preparatórios. Conselheiro Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Ex-Coordenador da Escola Superior da DPMG (2018/2019). Ex-Coordenador de Desenvolvimento Institucional da DPMG (2017/2019)

Thiago Belotti de Oliveira

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Titular da DP da Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar

Werner Rech

Pós-Graduado em Direito Público pela UNIDERP. Defensor Público do Distrito Federal

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

A INVESTIGAÇÃO DIRETA PELA DEFESA

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

Mestre e Doutor em Direito Processual pela UERJ com período sanduíche na Università degli Studi di Pavia. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

CAPÍTULO I – A INVESTIGAÇÃO DIRETA PELA DEFESA

A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA DEFESA TÉCNICA – O PAPEL DE SUPORTE DA DEFENSORIA PÚBLICA

I. INTRODUÇÃO

Falar da perspectiva investigativa da Defensoria Pública e de seu papel de suporte aos indiciados e acusados que possuam defesa técnica particular certamente nos obriga a rememorar a gênese da instituição em nosso sistema jurídico, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, de onde a instituição saiu das entranhas do Ministério Público, passando a assumir identidade própria. Com essa contextualização histórica e com a indicação de perfis de órgãos defensivos no direito comparado, será possível compreender a função específica de suporte ao réu vulnerável na relação processual que não seja defendido pela instituição.

Em apertada síntese, no ano de 1948 foi instituída no município do Rio de Janeiro, por meio da Lei 216, a assistência judiciária gratuita aos carentes, em atendimento ao comando constitucional previsto no art. 141, § 35, da CF/1946, cabendo à carreira inicial do Ministério Público a prestação do atendimento judiciário em favor dos hipossuficientes.

Com a edição do Código do Ministério Público do Distrito Federal, em 20 de julho de 1958, foi previsto que o serviço de assistência judiciária no Distrito Federal e nos Territórios seria prestado pelo Ministério Público, o que significava organizar a carreia da instituição em diversos cargos, como os de Defensor Público, Promotor Substituto, Promotor Público, Curador e Procurador de Justiça.

Ao ingressar nos quadros da carreira do Ministério Público do Distrito Federal, a assistência judiciária seria prestada por ocupantes dos cargos iniciais da carreira, denominados Defensores Públicos, cuja atribuição era restrita à defesa dos acusados em ações penais, à proteção dos interesses das crianças e dos adolescentes e à assistência dos hipossuficientes econômicos no juízo cível.

Com a construção de Brasília e a transferência da capital para o novo Distrito Federal, o modelo existente restou preservado no recém-criado Estado da Guanabara até a sua extinção no ano de 1975, momento em que ocorre a fusão com o Estado do Rio de Janeiro.

Em similitude a esse modelo em que o Ministério Público exercia funções de acusação e defesa, é importante também indicarmos que no antigo Estado do Rio de Janeiro (antes da fusão com a Guanabara) foi desenvolvido modelo legislativo próprio de Assistência Judiciária.

Na Lei Estadual 2.188, de 21 de julho de 1954, havia a previsão de seis cargos isolados de Defensores Públicos, inseridos na estrutura administrativa da Procuradoria-Geral da Justiça, até que, com o advento da Lei 5.111, de 8 de dezembro de 1962, atribuiu-se aos integrantes do Ministério Público o patrocínio gratuito, nos feitos cíveis e criminais, dos juridicamente necessitados.

Assim, no antigo Estado do Rio de Janeiro havia a figura do "Quadro do Ministério Público", que, à época, era dividido por duas letras: "A" e "B". A letra "A" representava

o Ministério Público tal como conhecemos hoje, com atribuição acusatória, enquanto que a letra "B" correspondia à estrutura da Assistência Judiciária e ao exercício das funções defensivas.

Pode-se dizer que tanto no Distrito Federal (sucedido pelo Estado da Guanabara) quanto no antigo Estado do Rio de Janeiro a atividade de assistência jurídica era desempenhada por Defensores Públicos que ocupavam a carreira do Ministério Público, cada um com suas particularidades estruturais.

A superveniência da Constituição Estadual de 1967 acarretou a edição do Decreto-lei 286, de 23 de maio de 1970, que organizou a Assistência Judiciária no antigo Estado do Rio de Janeiro, caracterizando-a como verdadeiro órgão de Estado, com o propósito de prestar patrocínio jurídico aos hipossuficientes, e comandada pelo chefe do Ministério Público.

Essa nova carreira foi dividida em três categorias (1ª, 2ª e 3ª entrância), além de Defensores Públicos com função de Assessores, que atuavam junto à Procuradoria-Geral de Justiça. Aqueles que ocupavam cargos isolados anteriormente criados por lei passaram a integrar a carreira como ocupantes dos cargos de 3ª entrância.

Há aqui um verdadeiro marco institucional com a nova regulamentação, pois a assistência jurídica dos necessitados deixa de ser encargo do Ministério Público e se torna incumbência dos integrantes da nova Assistência Judiciária, órgão com existência distinta à do MP, mas igualmente subordinado ao Procurador-Geral da Justiça.

Essa estrutura orgânica sofreria nova adaptação em virtude da unificação dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, em 15 de março de 1975 (Lei Complementar 20/1974). Mas àquela época havia uma situação peculiar, pois, com a anexação da cidade do Rio de Janeiro ao restante do Estado, não era possível subsistirem duas espécies distintas de Defensores Públicos na mesma unidade federativa: a carreira autônoma junto à Assistência Judiciária (modelo recém-implementado pelo antigo Estado do Rio de Janeiro) e a carreira vinculada aos quadros do Ministério Público (modelo vigente no Estado da Guanabara).

O problema foi solucionado com o Decreto-lei 11, editado em 1975, que organizou o Ministério Público e a Assistência Judiciária no novo Estado do Rio de Janeiro, tendo o legislador estadual realizado a expressa opção pelo modelo de assistência judiciária adotado pelo antigo Estado do Rio de Janeiro, "mantendo as instituições do Ministério Público e da Assistência Judiciária, organizadas independentemente, sob a chefia única do Procurador-Geral da Justiça, deixando-se de lado o inadequado sistema de assistência vigente no antigo Estado da Guanabara"[1].

Já na sequência, restou editada a Lei Complementar 6/1977, dispondo sobre a organização da Assistência Judiciária e estabelecendo o regime jurídico de seus membros, lei que permanece em vigor até hoje para a disciplina da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e que serviu de modelo para a edição da disciplina nacional da Defensoria Pública e como parâmetro para as leis de diversas Defensorias Públicas estaduais.

---

1 (SILVA, 1985, p. 5).

II. A DEFENSORIA PÚBLICA E O SEU PAPEL NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Se das entranhas do Ministério Público é possível perceber o nascedouro da Defensoria Pública, nada mais natural do que discutir até que ponto a instituição pode assumir um papel de maior envergadura na investigação criminal.

Possivelmente, ela se capacitaria para realizar diligências em favor de imputados que não estejam sob o seu patrocínio, mas, por conta da vulnerabilidade (falta de aptidão e recursos para buscar fontes de prova), postulariam ato cooperativo com a defesa pública, sem interferir no vínculo de assistência já estabelecido com advogado particular.

A ideia de uma defesa pública com funções de apoio não é novidade desta tese, mas parte da concepção de um órgão público de suporte defensivo já imaginado pela doutrina estrangeira desde o século XIX.

Teríamos, então, uma figura defensiva com os mesmos poderes do Ministério Público e organização jurídica similar à da magistratura e que intervisse não só em favor daqueles que não pudessem constituir uma defesa privada, mas também em todos os demais casos, sob uma forma interventiva capaz de equilibrar a relação processual penal.

Quando sugere a estrutura de um sistema jurídico penal, Bentham[2] aponta que tanto a acusação quanto a defesa pública devem ser modeladas a partir dos traços definidos para os magistrados, a exemplo do modo de investidura, responsabilidades, entre outros:

> Ces deux officiers publics seront institués d'après le modèle que nous avons trace pour les juges: mode d'élection, amovibilité, pouvoir de députation, assiduité de service, pluralité d'emploi défendue, responsabilité, tout leur est commun, sauf quelques légères différences trop faciles à voir pour qu'il soit besoin d'en parler. La loi qui les concerne doit être conçue dans les mêmes termes: eadem natura, eadem nomenclatura, règle essentielle qui n'a jamais été suivie, et dont on ne devrait jamais s'écarter: clarté, précision, certitude, toutes ces qualités, dans la composition de lois, dépendent de l'observation de cette maxime.
>
> [...]
>
> Un accusateur public, en appliquant toutes ses facultés à ôter au crime tout moyen d'évasion, se rendra plus expert à démêler les imperfections de lois et de la procédure, et à suggérer les amendements convenables. Un défenseur public, dans la ligne opposée, sera plus à portée de juger tout ce qu'il y a de défectueux dans les lois sur le sort des accusés, et tout ce qu'on peut faire pour augmenter la sûreté de l'innocence.[3]

---

[2] (BENTHAM, 1828, p. 109-111).

[3] "Esses dois funcionários públicos serão instituídos de acordo com o modelo que designamos para os juízes: modo de eleição, inamovibilidade, poder de delegação, assiduidade de serviço, pluralidade de atuação, responsabilidade, tudo é comum a eles, exceto alguns leves. diferenças muito fáceis de ver para serem necessárias. A lei que lhes diz respeito deve ser concebida nos mesmos termos: eadem natura, eadem nomenclatura, regra essencial que nunca foi seguida e da qual nunca se deve desviar: clareza, precisão, certeza, todas essas qualidades incorporadas à lei, sempre em observação dessa máxima.
[...]
Um promotor público, aplicando todas as suas faculdades para remover todos os meios de fuga do

Gaetano Filangieri[4] segue a mesma linha proposta por Bentham quando entende ser essencial a figura de um magistrado de defesa para atuar na defesa dos necessitados, mas também para intervir nas demais causas, ainda que não fosse o seu patrocínio requisitado pelo imputado:

> Ma quali dovrebbero essere i difensori? La scelta di questi dovrebbe esser libera, e la legge non potrebbe frenare questa libertà senza un'ingiustizia. Essa non dovrebbe far altro che offrire un difensore al reo, quando o per la sua povertà o per altri motivi trovar non potrebbe un avvocato della sua causa. L'istituzione di un magistrato difensore sarebbe dunque necessaria. Ogni provincia dovrebbe averne uno o più, proporzionatamente alla sua popolazione. La cura di questo magistrato non dovrebbe esser quella soltanto di difendere que'rei che, per la loro povertà, non potrebbero essere da altri difesi; ma anche assistere a tutt'i capitali giudizi, ancorché il reo richiesto non avesse il suo ministero[5].

A ideia, então, de um Ministério Público de defesa não surge da presente tese, mas já é uma realidade proposta pelos citados autores desde o século XIX. Modernamente, essa estrutura orgânica é parcialmente idealizada pelo sistema jurídico argentino[6] e defendida por Luigi Ferrajoli[7] quando afirma:

---

crime se tornará mais especialista em desvendar as imperfeições das leis e procedimentos e sugerir emendas adequadas. Um defensor público, na linha oposta, terá maior probabilidade de julgar tudo o que é defeituoso nas leis do destino do acusado, e tudo o que pode ser feito para aumentar a segurança da inocência". (Tradução livre).

4 (FILANGIERI, 1872, p.184).

5 "Mas quais deveriam ser os defensores? A escolha destes deveria ser livre, e a lei não poderia restringir essa liberdade sem injustiça. Ele não deve fazer nada além de oferecer um defensor ao infrator, quando ou por sua pobreza ou por outros motivos, ele não conseguiu encontrar um advogado por sua causa. Seria, portanto, necessário o estabelecimento de um magistrado da defesa. Cada província deve ter um ou mais, proporcionalmente à sua população. O cuidado deste magistrado não deve ser o único a defender aqueles que, devido à sua pobreza, não puderam ser defendidos por outros; mas também para testemunhar todos os julgamentos capitais, mesmo que o criminoso não tenha solicitado seu ministério". (Tradução livre).

6 Na Argentina a Ley n. 24.946, de 11 de março de 1998 institui o a Lei Orgânica do Ministério Público e seu art. 2º define o Mnistério Público em dois eixos, o "Ministerio Público Fiscal" e o "Ministerio Público de la Defensa", os respectivos correspondentes ao nosso Ministério Público e Defensoria Pública.

7 "A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos memos poderes de investigação do Ministério Público. Uma igual equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa "magistratura" ou tribuna de defesa"como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi proposta por FILANGIERI, por BENTHAM, e depois por CARRARA e por LUCCHINI, sob o pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação às provas de culpabilidade integram funções do interesse não menos público de punição dos culpados e da colheita de provas a cargo da acusação. É claro que apenas desse modo seria eliminada a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa, que confere ao processo, ainda mais que o segredo e que a escritura, caráter inquisitório." (FERRAJOLI, 2006, p. 537.).

> Naturalmente, "defesa técnica obrigatória" não quer dizer que a assistência de um advogado dotado de capacidade profissional é uma obrigação para o imputado, e sim que é um direito seu, a que ele pode livremente renunciar, restando firme a obrigação do Estado de assegurá-la gratuitamente se o imputado não puder pagar. Quanto à igualdade de poderes, é claro que ela supõe que a acusação pública esteja despojada de qualquer poder sobre o imputado, sendo todos os poderes de uma parte sobre a outra "letais às liberdades civis", mas exigiria também, segundo as indicações iluministas recordadas no parágrafo 40.3, a defesa pública de um magistrado, apoiada pela defesa profissional do defensor privado, subordinada às suas estratégias defensivas, mas dotada dos mesmos poderes de investigação e funções do Ministério Público[8].

A concepção de um órgão público destinado à prestação de defesa no processo penal, com a mesma envergadura do órgão acusatório, é apenas um dos inúmeros mecanismos jurídicos de paridade de armas na relação processual.

Contudo, quando se avança na construção de outro perfil de atuação, enxerga-se uma segunda figura defensiva, que não substitui o defensor constituído pelo próprio imputado e cuja atuação é focada no apoio e suporte probatório à defesa principal, detendo poderes sob os órgãos de Polícia Judiciária para a realização de diligências, de modo a permitir o equilíbrio na relação processual.

Berenice Giannella[9] enfrenta a questão de um órgão defensivo com participação mais ampla na justiça criminal da seguinte forma:

> A ideia retoma o conceito exposto por Carrara, quando defendia a posição do defensor como mandatário da sociedade na defesa da inocência. Segundo o autor, a instituição do advogado dos pobres deveria existir não apenas para defendê-los no debate oral, mas para funcionar como um tribunal da defesa, constituído como uma magistratura permanente, destinada a garantir a liberdade civil dos cidadãos desde os primeiros momentos, em que surge contra eles o perigo de um processo criminal. Esse tribunal teria também poder de vigilância sobre o procedimento do Ministério Público na persecução dos delinquentes e proteção da inocência, a ele competindo requerer a liberdade dos detidos e reunir provas a favor do acusado.
>
> O Ministério Público da defesa teria o condão de colaborar para a efetivação de uma investigação que, também, procurasse por provas a serem produzidas em favor do indiciado e/ou acusado, diminuindo a diferença técnica entre a defesa particular e a pública. Com efeito, a defesa exercida por advogado particular sob este aspecto tende a ser mais efetiva, na medida em que, dispondo de recursos fornecidos pelo próprio indiciado/acusado, pode o advogado diligenciar na busca de elementos ou provas, que possam servir para inocentar seu cliente ou mesmo diminuir a sanção a lhe ser aplicada, na exata medida de sua culpabilidade.

---

8 (FERRAJOLI, 2006, p. 565-566).

9 GIANELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 134.

Quando analisamos a estrutura do Ministério Público, percebemos que o órgão dispõe do suporte da Polícia Judiciária (que conta com investimento do Estado) e também de seus próprios departamentos, a exemplo dos grupos de apoio técnico especializado, o que não ocorre em relação à defesa técnica, apesar de essa disparidade já ser criticada há pelo menos 200 anos[10].

Por outro lado, como bem destaca o Prof. Diogo Malan, o imputado não dispõe de equivalente aparato para a realização de diligências de seu interesse, contando apenas com a disponibilidade restrita do Delegado de Polícia que aceite realizar atos de investigação na forma e condições do art. 14 do Código de Processo Penal[11].

Como forma de contrabalancear esse ambiente de desamparo, André Mendes vai além e encara no art. 14 do CPP um verdadeiro poder-dever da autoridade policial no que diz respeito às providências requeridas pela defesa, não podendo o Delegado indeferir diligências requeridas pelo indiciado[12].

Em um cenário onde os órgãos de Polícia Judiciária arregimentam o movimento de fortalecimento de sua autonomia e aquisição de protagonismo no sistema processual penal o alerta deve ser feito. Independentemente do acerto ou não dessa tendência, fato é que a concessão de maior autonomia ao Delegado de Polícia representa obstáculo ao exercício investigação defensiva, na perspectiva de atos concertados.

Enquanto a cooperação da polícia judiciária depender da disponibilidade prevista no art. 14 do CPP, de pouca utilidade será a contribuição do Delegado de Polícia, considerando que o cumprimento de diligências requeridas pela defesa dependerá da sua discricionariedade, então mais fortalecida com a autonomia pretendida pela carreira.

---

10 *"Alla parità di questo concetto; alla presunzione dì assoluta imparzialità; alla supposta assenza di ogni passione, e di ogni predilezione per la condanna; l'ufficio del pubblico ministero va debitore di quelle ampliazioni di poteri, che le moderne legislazioni gli hanno generalmente attribuito; e che potrebbero riuscire pericolose se quei presupposti venissero mai disgraziatamente smentiti. Ad evitare i quali pericoli potrebbe riuscire utilissima la istituzione dell'avvocato dei poveri dove fosse saggiamente costituito codesto uffizio, e circondato della conveniente dignità e degli opportuni poteri."* (CARRARA, 1868, p. 521).
"Na paridade desse conceito; à presunção de absoluta imparcialidade; à suposta ausência de qualquer paixão e de qualquer predileção por condenação; o Ministério Público deve os poderes que as legislações modernas geralmente lhes atribuem; e que eles poderiam ser perigosos se essas suposições nunca fossem infelizmente negadas. Para evitar tais perigos, a instituição do advogado dos pobres, onde este cargo era sabiamente constituído e cercado pela dignidade conveniente e pelos poderes apropriados, poderia ser muito útil". (Tradução livre).

11 "Por outro lado, o cidadão investigado carece de infraestrutura sequer comparável àquela do Estado, podendo tão somente sugerir a realização de diligências à autoridade policial, as quais serão realizadas ou não a critério desta última (art. 14 do CPP). É certo que o defensor técnico do acusado pode, em tese, pesquisar ele próprio ou contatar investigador particular para localizar fontes de prova da inocência, mas tal iniciativa inevitavelmente esbarra em uma série de óbices. A uma, a insuficiência de recursos da vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro para custear os sobreditos serviços de investigação particular." (MALAN, 2012, p. 279-280).

12 "Logo, a Autoridade Policial deve executar as providências requeridas pelo imputado, desde que demonstrada a sua pertinência e relevância para a elucidação dos fatos investigados. Em outras palavras, não pode a autoridade policial negar o requerimento de diligência formulada pelo acusado, desde que guarde importância e correlação com o esclarecimento dos fatos e a defesa do acusado. Admite-se o indeferimento apenas de medidas inúteis, protelatórias ou desnecessárias, o que deve ser feito motivadamente." (MACHADO, 2010, p. 117).

Fato é que o Estado não promove o devido aprimoramento legislativo e investimento financeiro na função de defesa, o que prejudica o exercício do devido processo legal e da paridade de armas[13].

A negligência do Estado é tamanha e o próprio processo civil estampa que a defesa criminal não é uma pauta atual de nosso governo. Basta pensarmos no art. 95 do CPC/2015, quando estabelece caber à parte que requerer a produção da prova pericial arcar, antecipadamente, com os valores necessários à sua realização.

Em casos de partes beneficiárias da justiça gratuita, ficam elas legalmente dispensadas de realizar o pagamento dessa despesa processual, nos termos do art. 5º, XXXV e LXXIV, da CRFB c/c o art. 98, § 1º, VI, do CPC/2015.

Durante anos, a atuação do perito em favor de carentes econômicos foi considerada dever honorífico do perito, que assumia a obrigação profissional de laborar gratuitamente nos feitos amparados pela gratuidade de justiça e receberia a remuneração pelos serviços técnicos prestados, ao final do processo, caso a parte contrária restasse vencida e não fosse também hipossuficiente econômica.

Essa praxe enfrentou grande resistência por parte dos peritos particulares no momento da aceitação do encargo, os quais apresentavam inúmeras justificativas para recusarem a realização gratuita da perícia, atividade que muitass das vezes acarretava gastos materiais vultosos com deslocamento, equipamentos etc.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a polêmica quanto ao pagamento de honorários periciais e custas para a execução da perícia foi pacificada com uma solução interessante, demonstrando a aptidão do Estado em abraçar a atividade probatória em favor do vulnerável.

De acordo com o art. 95, § 3º, do CPC/2015, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: (i) custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; ou (ii) paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

Ao percebermos que o Estado se prontifica a dar suporte probatório ao necessitado no campo privado, custeando atividade pericial para a defesa de seus direitos ou pondo à disposição servidores e órgãos públicos para o exercício dessas atividades, porque no campo processual penal não há a mesma preocupação na fase investigatória com o reconhecimento de um papel mais inclusivo dos órgãos de Polícia Judiciária e uma positiva interlocução com a defesa.

Enquanto não houver uma mudança sistêmica no campo do processo penal e do

---

[13] "Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações." (DIAS, 2018, p. 151).

inquérito policial, o imputado não pode viver em um verdadeiro limbo investigatório, contando apenas com a boa vontade da autoridade policial, quando o certo seria a equiparação de armas, como já sugeria Luigi Lucchini[14]:

> Se é possível que a acusação seja ausente ou deficiente, não é difícil que o mesmo ocorra em relação à defesa. E como a defesa deve estar presente qualquer processo, é necessário prover, como já feito para a acusação, que o trabalho defensivo não falte e seja efetivo.
>
> Para tanto, é necessário criar outro órgão público, paralelo ao Ministério Público, que deve suprir a possível falta de defesa. Se um órgão é chamado para exercer a acusação, o outro deve intervir para integrar a defesa. (tradução livre)

De maneira agregadora, deve a defesa pública ser estruturada para assumir esse papel e proporcionar um equilíbrio na atividade investigativa. Quando o particular que encontra dificuldades financeiras para suportar essa atividade probatória precisar de apoio investigativo, pode ele contar com os préstimos do Estado, por meio da utilização dos órgãos correspondentes que possam auxiliá-lo em determinado campo do conhecimento na realização de diligência.

O indiciado não pode se ver obrigado a custear sua defesa técnica e, ao mesmo tempo, se ver obstado do exercício de determinada atividade probatória por não ter condições econômicas para assim agir. É necessário encontrar outra solução.

Pensamos, dessa forma, que a Defensoria Pública como instituição de promoção de direitos humanos e de assistência jurídica organizada pelo Estado deva assumir essa frente, procurando paulatinamente estruturar-se orgânica e financeiramente para, ao lado da sua função de defesa técnica dos necessitados, fornecer também suporte investigativo para todo imputado que não seja por ela patrocinado, mas que dependa de apoio estatal para a busca de fontes de prova.

Repita-se, se o Estado custeia a atividade probatória no campo do direito privado, também deve ele investir em atividade probatória no campo penal, seja por um remodelamento do inquérito policial com a ruptura do perfil discricionário do art. 14 do CPP, seja pela alternativa a ser exercida pela Defensoria Pública, apresentando-se como um órgão de suporte aos vulneráveis.

Um desenho funcional em que o advogado se dirigisse à Defensoria Pública e solicitasse apoio no acesso a bancos de dados, na localização e coleta de informações de testemunhas que não residissem nos locais onde o profissional exerce suas funções (basta lembrar que existem Defensores Públicos em todo o país), certamente democratizaria a função defensiva e romperia uma falsa visão de que a instituição pública capta um

---

[14] *"Se è possibile che venga a mancare o sia deficiente la libera accusa, non è men facile che faccia difetto la libera difesa. E poiché la difesa ci à da esser in ogni procedimento, così è necessario provvedere, come già si è fatto per l'accusa, affinché l'opera difensionale non manchi e sia efficace.*
Giova all'uopo l'istituzione di altro pubblico ufficio, parallelo a quello del pubblico ministero, il quale debba supplire alla mancanza eventuale della libera difesa. Se l'uno è chiamato a integrare l'accusa, l'altro deve intervenire a integrare la difesa." (LUCCHINI, 1905, p. 225).

mercado destinado aos advogados.

Particularmente, a perspectiva maior do perfil de atuação da Defensoria Pública deve se escorar muito mais na função a ser exercida e menos na adjetivação que a ela será atribuída. Agora me refiro a um movimento no Brasil de querer associar a expansão da Defensoria Pública a uma equivalência ao papel do Ministério Público, como se aquela pretendesse subtrair funções deste.

Já expusemos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a necessidade de o Estado aparelhar o órgão público que realiza a defesa técnica no processo penal. Com o fortalecimento da organização da Defensoria Pública, capacitando e estruturando-a para realizar diligências, o segundo passo será o de permitir que ela possa transcender o seu papel individual de assistência jurídica e prestar suporte, quando provocada, aos acusados que possuam defesa patrocinada por advogado, nos limites da solicitação, exercendo o perfil solidarista defendido por José Augusto Garcia em seu estudo sobre a Lei Complementar n. 132/2009, que ora trazemos em destaque:

> Com a superação do modelo individualista, as funções da Defensoria pluralizaram-se e cresceram em versatilidade. Ganharam uma complexidade maior. A antiga dicotomia restou acanhada e insuficiente. Hoje, podemos enxergar pelo menos cinco tipos distintos de atribuições:
>
> a) atribuições ligadas à carência econômica;
>
> b) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, *v.g.*, em uma ação civil pública relativa a direitos difusos;
>
> c) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo, porém, a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada;
>
> d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de um portador de deficiência;
>
> e) e atribuições em favor primacialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível.
>
> Com a expansão verificada, as funções da Defensoria Pública passaram realmente a não mais caber na dicotomia típicas/atípicas. A simples leitura do rol acima reforça a necessidade de uma nova classificação, no mínimo uma nova terminologia. O que é realmente típico e o que é atípico no rol? Complicado dizer. Seria típica somente a atuação da letra "a"? Mas as hipóteses das letras "b" e "c" também não envolvem pessoas pobres? E a hipótese da letra "d"? É genuinamente atípica, à luz da hodierna pluralização do fenômeno da carência? [...]
>
> No mínimo, insista-se, há um sério problema terminológico, que não deve ser desprezado (para o bem ou para o mal, os nomes têm uma força própria; não fosse assim, os pais não se importariam tanto com o nome que dão aos filhos). Não parece adequado, na maioria dos casos, falar-se em funções

> "atípicas". A terminologia dá a impressão de que estamos nos referindo a funções excepcionais ou mesmo extraconstitucionais, o que não se coaduna, positivamente, com a pujança assumida pelas atribuições institucionais desvinculadas de situações econômicas individuais. Realmente atípicas, a nosso juízo, seriam apenas aquelas atribuições completamente desligadas do mister postulatório, como a participação da Defensoria em um conselho destinado à formulação de políticas públicas (por exemplo, um conselho estadual de defesa da criança e do adolescente).
>
> Em atenção à nova realidade, propomos uma nova classificação – e uma nova dicotomia –, que é a seguinte:
>
> I) de um lado, as atribuições "tradicionais" - porquanto ligadas ao mister básico (mínimo) da Defensoria desde os seus primórdios –, ou "tendencialmente individualistas", compreendendo apenas o item "a" do rol enunciado mais acima (atribuições ligadas ao critério econômico);
>
> II) do outro lado, as atribuições "não tradicionais", ou "tendencialmente solidaristas", abrangendo todos os demais itens ("b", "c", "d" e "e") do rol acima[15].

Essa nova estruturação funcional da Defensoria Pública a credenciará a se organizar a ponto de prestar auxílio nas diversas modalidades de vulnerabilidade que possam ser encontradas no ordenamento jurídico.

Modernamente, o conceito de "necessitado" previsto no art. 134 da CRFB para fins de atuação da Defensoria Pública vem sofrendo verdadeira ressignificação, sendo associado à ideia de *vulnerabilidade*[16], especialmente com suporte nas chamadas 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Essas regras foram construídas durante a Conferência Judicial Ibero-americana, em sua XIV edição, realizada no ano de 2008, diante da necessidade de consolidar um sistema de proteção às pessoas em condições de vulnerabilidade. Segundo a Regra nº 3,

> consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

A dificuldade no acesso à ordem jurídica justa pode derivar de múltiplas espécies de

---

[15] (SOUSA, 2011, p. 37-38).

[16] Ao interpretar o termo "necessitados" contido no art. 134, caput, da CRFB, a professora Ada Pellegrini Grinover ressalta que "existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. [...]. Da mesma maneira, deve ser interpretado o inc. LXXIV do art. 5º da CF: 'O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'. A exegese do termo constitucional não deve limitar-se aos recursos econômicos, abrangendo recursos organizacionais, culturais, sociais." (GRINOVER, 2011, p. 482-483)

vulnerabilidade, como "a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade" (Regra nº 4)[17].

Diante das inúmeras vulnerabilidades que atingem o indivíduo, também são vários os obstáculos que precisam ser contornados por meio da assistência jurídica gratuita. No contexto do processo penal, e especificamente com contornos de investigação criminal defensiva, podemos apontar a chamada vulnerabilidade por vitimização e a vulnerabilidade processual como focos de atuação.

As 100 Regras de Brasília abordam o tema quando definem que "considera-se vítima toda a pessoa física que tenha sofrido um dano ocasionado por uma infração penal, incluída tanto a lesão física ou psíquica, como o sofrimento moral e o prejuízo econômico. O termo vítima também poderá incluir, se for o caso, a família imediata ou as pessoas que estão a cargo da vítima direta" (Regra nº 10)[18].

Assume, todavia, condição de vulnerabilidade aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os danos e prejuízos derivados da infracção penal ou do seu contato com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infração penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intrafamiliar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores, assim como os familiares de vítimas de morte violenta (Regra nº 11).

No plano interno, o art. 28 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) garante "a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado". Na mesma linha, o art. 4º, XI, da LC n. 80/1994 prevê como função institucional da Defensoria Pública exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Com esse primeiro eixo de vulnerabilidade, pode a Defensoria Pública prestar todo o suporte processual às vítimas e superar o desamparo que o sistema jurídico criou na

---

[17] *"La identificación de los factores de vulnerabilidad efectuada por las Reglas se adecua a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, aunque sería importante señalar que la lista de los grupos cuyo tratamiento se aborda efectivamente no debe ser entendida como exhaustiva."* (ANDREU-GUZMÁN; COURTIS, 2008)

[18] A definição de vítima trazida pelas 100 Regras de Brasília vem sendo objeto de críticas pela doutrina especializada. Segundo Federico Andreu-Guzmán e Christian Courtis, *"la definición propuesta por la Regla 10 presenta algunas falencias: (a) En primer lugar omite la noción de víctima colectiva, categoría ampliamente reconocida en instrumentos internacionales y la jurisprudencia de derechos humanos. (b) En segundo lugar, no precisa la naturaleza de la ley penal aplicable. Así, la noción de 'infracción penal' podría ser interpretada únicamente como aquella definida por la ley penal nacional, con lo cual la víctima de un delito bajo el derecho internacional (como la tortura, la desaparición forzada de persona o el tráfico de seres humanos) pero no tipificado como delito en la legislación nacional, escaparía a la definición propuesta por las Reglas. (c) Finalmente, restringe la noción de víctima a aquella persona que ha 'sufrido daño ocasionado por una infracción penal', excluyendo así aquellas personas que han sido víctima de una violación de derechos humanos que genera al Estado una obligación de garantizar un recurso efectivo – en particular el acceso a la justicia y a reparación –, pese a no constituir un ilícito penal bajo el derecho nacional o internacional."* (ANDREU-GUZMÁN; COURTIS, 2008).

apuração dos crimes de iniciativa de ação penal privada, desenvolvendo diligências de investigação, quando necessárias para a formação do suporte probatório mínimo e em complementariedade à atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária, se antevista a possibilidade de arquivamento das respectivas investigações.

No plano da outra modalidade de vulnerabilidade, denominada agora processual, encontramos os sujeitos que estão na posição de resistência às pretensões e necessitam de assistência na relação processual. Fernanda Tartuce registra que "vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório"[19].

A vulnerabilidade processual constitui critério legitimador de tratamento diferenciado entre as partes, de modo a reequilibrar a disparidade de armas e restabelecer a isonomia processual. No entanto, deve ser resguardada elevada cautela nessa atividade niveladora, evitando a criação de uma vulnerabilidade reversa[20].

Como são variadas as causas que geram a vulnerabilidade processual, variadas serão as providências jurídico-processuais utilizadas para contornar essas fragilidades (dilação de prazos – art. 222 do CPC/2015; dispensa de informar o endereço eletrônico na petição inicial – art. 319, § 3º, do CPC/2015; fixação diferenciada da competência de foro – arts. 50 e 63 etc.).

Todavia, algumas hipóteses específicas de vulnerabilidade processual geram obstáculos ao próprio exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, ensejando a assistência jurídica estatal pública como forma de restabelecer o equilíbrio em termos processuais. Constituem exemplos clássicos dessa atividade protetiva a atuação da curadoria especial na defesa dos interesses do réu revel citado por edital ou com hora certa (art. 72, II, do CPC/2015) e a atuação obrigatória da defesa técnica no âmbito criminal (art. 261 do CPP)[21].

É por isso que ganha espaço na doutrina institucional a possibilidade de intervenção da Defensoria Pública em demandas individuais quando as partes não sejam por ela assistidas, diante do espírito trazido pelo Código de Processo Civil e pelas recentes reformas ao regime jurídico da instituição.

Fala-se em Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, expressão adotada por

---

[19] (TARTUCE, 2015, p. 284).

[20] (BARBOSA; MAIA, 2008, p. 349-365).

[21] "A exigência legal de defesa criminal, independentemente da condição econômica do réu, reconhece a relação desigual de forças entre o indivíduo e o Estado-Acusador, bem como a decorrente situação de vulnerabilidade do primeiro, tornando imperativa a atuação da Defensoria Pública sempre que o réu não constituir advogado particular, de modo a atender ao devido processo legal e equilibrar a relação processual. Também como exemplo de necessidade de natureza jurídico-processual, ampliando a perspectiva estritamente econômica, pode-se destacar a atuação da Defensoria Pública em curadoria especial (art. 4º, XVI da LC n. 80/94), especialmente nas hipóteses de revelia do réu certo citado por edital, ou por hora certa. Há, em tal hipótese, a caracterização de uma vulnerabilidade de índole processual, o que justifica a atuação da Defensoria Pública." (FENSTERSEIFER, 2015, p. 68).

Maurilio Maia[22], ou *amicus communitatis*, como batiza Daniel Gerhard[23]. Nessas construções teóricas a intervenção da Defensoria Pública não seria tratada como uma hipótese de legitimidade extraordinária, posto que o seu ingresso na demanda individual não teria o condão de tutelar em nome próprio um direito alheio e muito menos caso de representação, já que a parte é devidamente patrocinada por advogado.

Não nos parece também que o caso seja de assistência, uma intervenção processual *ad coadjuvandum*, visto que a Defensoria Pública não teria participação na relação jurídica discutida pelas partes e também não agiria com o intuito de obter a sentença favorável a uma delas. Seu papel seria apenas assegurar que a parte pudesse litigar em igualdade de condições, diante da ausência de interesse jurídico da instituição.

A hipótese mais se assemelharia a uma intervenção em prol do vulnerável, uma intervenção de terceiros atípica da própria Defensoria Pública, tal como ocorre no *amicus curiae* e na atuação do Ministério Público *custos legis* (ou *custos juris*), em que o papel do *parquet* é o de verificação da tutela de interesses de determinadas partes.

Especificamente no processo penal, essa teoria ganha espaço prático se observada a atividade decisória do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, quando oportuniza a intervenção da Defensoria Pública nas Revisões Criminais, como forma de equilibrar a relação processual, tendo em vista a atuação do Ministério Público na qualidade de órgão interveniente. Nos Processos 4001836-59.2017.8.04.0000[24], 4002158-79.2017.8.04.0000 e 4002077-67.2016.8.04.0000, o relator, Desembargador Ernesto Anselmo Queiroz Chíxaro, se manifestou da seguinte forma quando autorizou o ingresso da Defensoria Pública daquele Estado em processos em que o imputado possui defesa particular:

> Penso que a sobredita medida se deve a quatro fatores básicos: 1) Atualização

---

[22] (MAIA, 2014, p. 55-57).

[23] (GERHARD; MAIA, 2015).

[24] EMENTA: PROCESSO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL. REVISÃO CRIMINAL. DEFENSORIA PÚBLICA. ESSENCIALIDADE CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO PROCESSUAL. CUSTOS VULNERABILIS. POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. MISSÃO INSTITUCIONAL. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ABRANDAMENTO. INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL E PARIDADE ENTRE ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO ESTATAL E DEFESA. AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM FAVOR DE CATEGORIAS VULNERÁVEIS.
1. A Defensoria Pública é função essencial à Justiça (art. 134, CF), cabendo-lhe ser expressão e instrumento do regime democrático na defesa dos direitos humanos e das necessidades da população necessitada.
2. A intervenção de custos vulnerabilis da Defensoria Pública é decorrência da vocação constitucional da Defensoria Pública para com as categorias vulneráveis e é harmônica com o histórico de nascimento da carreira no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) no século passado no Rio de Janeiro, sendo esse o modelo público de assistência jurídica adotado na Constituição de 1988.
3. A intervenção da Defensoria Pública visa ao seu interesse constitucional, em especial à amplificação do contraditório em favor dos vulneráveis necessitados face à ordem jurídica, viabilizando ampla participação democrática na formação de precedentes, inclusive penais.
4. Em Revisão Criminal, por simetria e isonomia, a manifestação defensorial deve corresponder ao mesmo patamar hierárquico do Ministério Público, enquanto titular da Acusação Pública. Por essa razão, a intimação para intervenção ocorrerá na pessoa do chefe da defesa pública, o Defensor Público Geral, no caso concreto.

> da função prática e constitucional da Defensoria Pública, considerada sua essencialidade registrada na Constituição de 1988; 2) Débito histórico com o modelo de assistência jurídica adotado pela Constituição de 1988; 3) Reequilíbrio da relação jurídico-processual penal, inclusive na formação de precedentes que interessem ao papel constitucional da Defensoria Pública; 4) Atualização do Código de Processo Penal, de 1941, à essencialidade constitucional da Defensoria Pública e ao seu papel de órgão de execução penal (LEP, art. 81-A) – aqui, antecipo, a intervenção defensorial seria mecanismo para abrandar a vulnerabilidade processual daqueles mirados ou atingidos pelo Poder Punitivo Estatal, compensando a falta legislativa com a igualdade processual e paridade de armas – afastando-se os males de eventuais "mitologias processuais" nefastas herdadas na busca de inspiração no Código italiano (de regime autoritário) pelo legislador do CPP brasileiro.

Com uma perspectiva mais ampla e independentemente de qualquer nomenclatura, pode a Defensoria Pública amparar aos imputados no processo penal que enfrentem uma deficiência na sua atividade probatória. Teríamos aqui um papel complementar da Defensoria Pública que, sem substituir-se à figura do advogado constituído pelo acusado, prestaria apoio na realização de determinada diligência ou prova de interesse defensivo, sempre, é claro, pautada na vulnerabilidade processual do acusado.

Por óbvio que o sucesso desse desenho teórico dependerá do apreço do legislador e do administrador com essa concepção defensiva de paridade de armas, melhor estruturando a defesa pública para o exercício dessas funções.

Paralelamente, não se pode fechar os olhos para a figura do advogado particular e torná-lo também dependente do suporte estatal, cabendo ao sistema jurídico municiá-lo de instrumentos suficientes para o exercício da função, o que debateremos agora na sequência.

III. CONCLUSÃO

Certo de toda a exposição desenvolvida no presente estudo, levando em a estrutura da Defensoria Pública e o seu desenvolvimento, é possível concluir que as normas de nosso sistema jurídico já se revelam adequadas como instrumental para o desenvolvimento de investigações pela defesa. Todavia, para uma efetiva investigação defensiva, outros ajustes tornar-se-ão necessários, tal como sugeridos nesta tese;

Em um contexto de paridade de armas e vulnerabilidade do imputado, pode ser possível encarar a Defensoria Pública, quando adequadamente capacitada, como um órgão de suporte investigativo em prol de imputados patrocinados por advogados que aceitem o apoio da instituição;

A investigação defensiva permitirá que o imputado possa contribuir no esclarecimento dos fatos, avaliar como deve ser o seu comportamento na relação processual, valorar a pertinência de aceitação de acordos processuais e institutos despenalizadores;

IV. REFERÊNCIAS

ANDREU-GUZMÁN, Federico; COURTIS, Christian. Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. In: DEFENSORIA GENERAL DE LA NACIÓN (Argentina). **Defensa pública**: garantía de acceso a la justicia. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008. p. 51-60. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26687.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAIA, Maurilio Casas. Isonomia Dinâmica e Vulnerabilidade no Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 230, p. 349-368, abr. 2014.

BENTHAM, Jérémie. **De l'organisation judiciare, et de la codification**. Paris: Librairie de Hector Bossange, 1828.

CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale**: parte generale. Lucca: Tipografia Giusti, 1868.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione**. Firenze: Sucessori le Monnier, 1872. v. 3.

GERHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas. O defensor-hermes e amicus communitas: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. **ADV Advocacia dinâmica**: seleções jurídicas, n. 8, p. 23-26, ago. 2015.

GIANELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer a respeito da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que conferiu legitimidade ampla à Defensoria Pública para a ação civil pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 473-491.

LUCCHINI, Luigi. **Elementi di procedura penale**. 3. ed. Firenze: G. Barbèra, 1905.

MAIA, Maurilio Casas. Custos vulnerabilis constitucional: o Estado defensor entre o RESP n° 1.192.577-RS e a PEC n° 4/14, **Consulex**: revista jurídica, Brasília, v. 18, n. 417, p. 55-57, jun. 2014.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, maio/jun. 2012.

SILVA, Ideel Coelho da. Breve Histórico da Assistência Judiciária do Estado do Rio de

Janeiro, Boletim da Defensoria Pública, ano 2, jul. 1985.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição? In: ______. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade Processual no Novo CPC. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Repercussões do novo CPC, v. 5).

CAPÍTULO II

NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL

HELIO ANTUNES CARLOS

Mestre em Direito Processual pela UFES. Defensor Público do Estado do Espírito Santo

CAPÍTULO II – NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL

NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise da possibilidade de celebração de convenções processuais atípicas no processo penal, com fundamento no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015.

Tal dispositivo tem nítida inspiração na *ZPO* alemã. Nascida sob o antigo *Reich*, em 1879, a *ZPO* alemã não possuía, originariamente, autorização genérica para os acordos processuais[25]. Todavia, tal diploma sofreu importante reforma no ano de 2002, a qual estabeleceu um sistema processual mais flexível, com autorização para as partes estipularem acordos processuais[26].

Assim, inspirado na doutrina alemã, o art. 190 do CPC/2015 admitiu a celebração de duas espécies de convenções processuais atípicas: as convenções dispositivas (acordos sobre atos do procedimento) e as convenções obrigacionais (acordos sobre situações jurídicas processuais)[27].

Em que pese o presente trabalho aborde a composição civil dos danos, a transação, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, tais modalidades de negociação não constituem o objeto central do presente trabalho, por serem modalidades típicas de autocomposição, bem como por possuírem, em nosso entender, natureza bifronte[28]. Entretanto, uma rápida abordagem desses institutos permite a observância de elementos essenciais para a compreensão da aplicação do art. 190 do CPC/2015.

II. BREVE HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL

O vigente Código de Processo Penal foi editado no ano de 1941, à luz da Constituição

---

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo.** Editora Revista dos Tribunais. vol. 111, Jul./Set., p. 103-112, 2003.

26 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções processuais em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol. 1. p. 337-366.

27 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 72-75

28 "[...] A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual), chamamos de normas bifrontes (aproveitamos aqui a expressão - *bifronte* - já trazida em estudo de Enrico Tullio Liebmam ao examinar as normas processuais contidas no Código Civil italiano de 1942 - *Norma processuali nel codice civile. In Problemi del Processo Civile.* Milano: Morano Editores, 1962, p. 158). No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada, sendo boa parte das normas com efeito processual de natureza bifronte, isto é, geram resultados a serem observados em processo judicial, apesar de manter no seu átomo também regulações de direito material." (MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o ("dispensável") art. 232 do Código Civil. In: DIIDER JÚNIOR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coords.). **Prova, exame médico e presunção**: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262.)

Federal de 1937, durante o período político brasileiro que ficou conhecido como "Estado Novo".

Tal carta constitucional ganhou o apelido de "Polaca", diante da sua notória inspiração na Constituição polonesa, de 23 de abril de 1935, e se notabilizou por ter como escopo a institucionalização de um regime político no qual inexistia o propósito de contenção do abuso do poder estatal[29].

Ademais, somente na década de 80, o debate afeto à força normativa das constituições chegou ao Brasil, viabilizando a superação da ideia de que a constituição deveria ser uma carta essencialmente política. Portanto, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 foi possível a atribuição de força normativa à constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional[30].

Desse modo, a adequada interpretação dos dispositivos do Código de Processo Penal deve observar não apenas a passagem de um regime autoritário para um democrático, mas também a mudança do papel desempenhado pela própria Constituição, o que impôs uma mudança de modelo de processo.

> O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, refletindo a tendência de sua época, abraçava o que então se chamava de sistema ou modelo misto, e, isto resta demonstrado porque, apesar de fortalecer o Ministério Público, dando-se a separação entre as funções de acusar e julgar, de adotar o contraditório na fase da ação penal, ainda conservava formas de procedimento *ex officio* e poderes ao juiz na fase de investigação, o que indubitavelmente o caracterizava como misto, em vista da forte influência inquisitiva. Mas, como veremos durante esta obra, esta situação se modifica com o advento da Constituição de 1988 que adota um sistema acusatório moderno, refletida nos princípios e garantias processuais, nos moldes dos modelos da Europa Continental, e, assim, dada influência da Constituição de 1988, várias normas inquisitivas do Código passaram a não mais vigorar e, com a reforma processual penal de 2008, e outras reformas pontuais (como a do capítulo do interrogatório) se procurou fazer uma "purificação" do antigo Código de Processo Penal, tirando o ranço inquisitivo do nosso processo, amoldando-o a uma Constituição de caráter acusatório (acusatório e não adversarial).[31]

Nesse sentido, cumpre se observar que, apesar de tal dispositivo estar suspenso por decisão monocrática do STF proferida no bojo de medida cautelar na ADI 6298, a Lei n.º 13.964/2019 incorporou à legislação infraconstitucional, no art. 3-A do CPP, norma que expressamente enuncia que: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a

---

[29] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Poente Constitucionalismo Brasileiro: A Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 400-409.

[30] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

[31] LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 8-9.

iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Para uma adequada compreensão do dispositivo, deve-se afastar a confusão que muitas vezes se faz entre sistemas acusatórios e inquisitórios e entre "*inquisitorial system*" e "*adversarial system*". Sistemas acusatórios e inquisitórios se distinguem em razão da estrutura da relação jurídica do processo, pois nos primeiros as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a atores distintos, enquanto nos segundos duas ou mais funções se encontram reunidas em um único ator inquisidor. Tal distinção nada tem a ver com "*inquisitorial system*" e "*adversarial system*", haja vista que esses sistemas se referem aos poderes instrutórios do juiz e não à divisão de funções no processo. Enquanto no "*adversarial system*" há uma predominância das partes na determinação da marcha processual e na produção das provas, no "*inquisitorial system*", ao contrário, tais atividades recaem em caráter preferencial sobre o juiz[32].

Entretanto, cumpre se salientar que a distinção entre "*adversarial system*" e "*inquisitorial system*" deve ser relativizadas diante da constatação que em nenhum país ou momento histórico se observou qualquer um dos modelos de forma pura[33].

Desse modo, observa-se que o art. 3º-A do CPP ao enunciar que o processo penal terá estrutura acusatória apenas expressou mandamento que já decorria da própria Constituição Federal, além de reforçar a noção de impartialidade do magistrado.

> Dizer, por conseguinte, que o juiz deve ter impartialidade (*Unbeteiligtheit*), é apontar um divisor de águas que exclua do seu atuar qualquer função que seja típica das partes. Logo, a impartialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo. A (im)partialidade não têm relação necessária com a (im)parcialidade da pessoa incumbida de uma função. O Estado-juiz, o Ministério Público, a Polícia, o órgão de registro, o Estado-Administração, todos representam e congregam várias funções, a despeito das pessoas que as personificam: o juiz, membro do MP, delegado de polícia, agente público etc.[34]

---

[32] GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, jan./jul., 2005. p. 15-26.

[33] O que se acaba de dizer aponta no sentido de uma distância *de fato* menor, entre os dois modelos, do que à primeira vista se poderia supor. Mas não é apenas nesse plano que se revela despistadora a ênfase posta nos contrastes. A verdade é que a substância de cada um dos sistemas não se deixa captar por inteiro pela contemplação exclusiva daquilo em que divergem. Tornou-se, aliás, noção corriqueira a de que em nenhum lugar ou momento da história se consagrou sistema processual *quimicamente puro*: todos os modelos conhecidos combinam elementos de diversificada inspiração - variando, é fácil compreender, a respectiva dosagem. Convém, destarte, ter sempre presente a *relatividade* da contraposição *adversarial/inquisitorial*. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**. vol. 92, out.-dez., 1998. p. 87-104)

[34] CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**. vol. 149, jul., 2007. p.

Feitas tais considerações, para melhor compreender a estrutura do processo penal brasileiro, cumpre se observar que o Código de Processo Penal consagra hipóteses de autocomposição, unilaterais e bilaterais. A título exemplificativo, as primeiras podem ser verificadas nas hipóteses de retratação da representação (art. 25)[35], de renúncia ao direito de queixa (art. 50)[36], de perdão do ofendido (art. 51)[37] e de escolha do domicílio ou residência do querelado, em detrimento do foro do local da infração (art. 73)[38]. A autocomposição bilateral, por sua vez, pode ser observada na possibilidade de ajuste em relação à divisão do tempo de sustentação oral pela defesa, no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, na forma do §1º do art. 477[39] do CPP. Outra modalidade de autocomposição bilateral pode ser extraída, implicitamente, do art. 139 do CPP, o qual estabelece que o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do Direito Processual Civil, o qual admite expressamente o ajuste acerca da forma de administração e escolha do administrador ou depositários para os bens executados, na forma do art. 862, §2º, e 869 do CPC/2015[40].

Por outro lado, o CPP também impõe restrições à autonomia da vontade não observadas no processo civil, como, *v.g.*, a proibição de desistência da ação (uma vez ajuizada) e do recurso (arts. 42 e 576 do CPP[41]).

Um marco na negociação no processo penal foi a edição da Lei n.º 9.099/95, a qual trouxe a possibilidade de celebração de acordos de composição civil dos danos (art. 72[42]), de transação penal (art. 76[43]) e de suspensão condicional do processo (art. 89[44]).

339-364.

[35] Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

[36] Art. 50. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

[37] Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.

[38] Art. 73. Nos casos de exclusiva ação privada, o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração.

[39] Art. 477. [...] § 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

[40] Art. 862. [...] § 2º É lícito às partes ajustar a forma de administração e escolher o depositário, hipótese em que o juiz homologará por despacho a indicação. Art. 869. O juiz poderá nomear administrador-depositário o exequente ou o executado, ouvida a parte contrária, e, não havendo acordo, nomeará profissional qualificado para o desempenho da função.

[41] Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal. /Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

[42] Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[43] Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. [...]

[44] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do

A composição civil é um acordo celebrado entre o suposto autor do fato e a suposta vítima, no qual esta renuncia ao direito de queixa (ação penal privada) ou ao direito de representação (ação penal pública condicionada à representação), mediante a reparação de seu dano por aquele[45]. Apesar de o art. 72 da Lei n.º 9.099/95 consagrar a composição civil como um acordo pré-processual, o Enunciado 113 do FONAJE[46] admitiu a sua celebração até a prolação da sentença, o que, inclusive, representou exceção ao art. 25 do CPP[47].

A transação penal é um acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, no qual este aceita uma pena restritiva de direito ou de multa, para não se submeter ao processo criminal. Em que pese os artigos 76 e 77[48] da Lei n.º 9.099/95 estabeleçam que tal acordo pode ser celebrado antes do oferecimento da denúncia nas ações penais públicas incondicionadas e públicas condicionadas à representação, os Enunciados 112[49] e 114[50] do FONAJE, respectivamente, têm admitido a sua celebração também na ação penal privada e até o final da instrução processual.

A jurisprudência tem reconhecido a natureza de negócio jurídico da transação – e não de direito subjetivo do suposto autor do fato –, em razão do teor da Súmula do STF de n.º 696, segundo a qual: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".

Apesar de o suposto autor do fato concordar com a aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa, a transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, razão pela qual não é considerada para fins de reincidência ou de maus antecedentes, nem significa reconhecimento de responsabilidade penal[51]. Inclusive, por essa razão, o descumprimento das cláusulas da transação autoriza o prosseguimento da persecução penal, na forma estabelecida na Súmula Vinculante n.º 25 do STF[52].

---

processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). [...]

[45] Art. 74. [...] Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

[46] ENUNCIADO 113 – Até a prolação da sentença é possível declarar a extinção da punibilidade do autor do fato pela renúncia expressa da vítima ao direito de representação ou pela conciliação.

[47] Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

[48] Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.[...]

[49] ENUNCIADO 112 (Substitui o Enunciado 90) – Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.

[50] ENUNCIADO 114 – A Transação Penal poderá ser proposta até o final da instrução processual.

[51] STJ, 3ª Turma, REsp 1327897/MA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 06/12/2016, DJE 15/12/2016.

[52] Súmula Vinculante n.º 35: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei

A suspensão condicional do processo é um acordo celebrado entre o suposto autor do fato e o Ministério Público, no qual aquele se submete a algumas condições pelo prazo de 2 anos e, em contrapartida, tem a sua punibilidade extinta.

O §5º do art. 89 da Lei 9.099/95 estabelece que: "Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade". Entretanto, por ocasião do julgamento do REsp 1498034/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, o STJ firmou a tese de que: "Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência".

O Superior Tribunal de Justiça tem sua jurisprudência firmada no sentido de que a suspensão condicional do processo não é um direito do acusado, mas um poder-dever do Ministério Público, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de propositura do acordo[53].

Há quem sustente que esses institutos possuem em comum "a renúncia à possibilidade de defesa"[54]. Todavia, tal posição não pode ser admitida, pois em nenhum desses acordos há o reconhecimento da responsabilidade penal, uma vez que nenhum deles se assemelha ao *plea bargaining* estadudinense, no qual a verdade é construída a partir do consenso e a declaração de culpa é indispensável. Diferentemente, nos institutos da Lei n.º 9.099/95, não há a intenção de se estabelecerem os fatos relevantes para julgamento, pois há apenas uma ocultação do conflito[55].

Ademais, o Enunciado n.º 111 do FONAJE preconiza que: "O princípio da ampla defesa deve ser assegurado também na fase da transação penal". Da mesma forma, o STF[56] e o STJ[57] possuem orientação no sentido de que a aceitação da suspensão condicional do processo não impede a impetração de *habeas corpus* pelo suposto autor do fato, com o objetivo de reconhecer a atipicidade da conduta.

Outro destaque que deve ser feito diz respeito à colaboração premiada, instituída pela Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Lei de Crime Organizado), a qual pode ser celebrada pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia com o investigado ou acusado (art. 4, §2º[58]), com o objetivo de servir de "meio de obtenção de prova".

9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

[53] **STJ, 6ª Turma,** AgRg no RHC 74.464/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

[54] WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do Direito Penal Negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 156. Jun., 2009. p. 279-306.

[55] DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. *A Comparative Empirical Study of Negotiation in Criminal Proceedings Between Brazil and the United States of America. University of Baltimore Journal of International Law: Vol. 4, Article 4,* 2016. p. 59-96.

[56] STF, 1ª Turma, HC 85747/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento 21/06/2005, DJe 14/10/2005

[57] STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 43.279/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Julgamento em 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

[58] Art. 4º. [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Minis-

No tocante à legitimidade para a celebração da colaboração premiada, o Procurador-Geral da República ajuizou a ADI 5508/DF, questionando a constitucionalidade dos §2º e 6º do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, por suposta violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF), do princípio acusatório e da titularidade do Ministério Público da ação penal (art. 129, I, do CF), da exclusividade das atribuições do Ministério Público (art. 129, §2º, CF) e do múnus constitucional da função policial (art. 144, §§1º e 4º, da CF).

Em julgamento realizado pelo Plenário do STF, em 20/06/2018, por maioria, foi declarada a constitucionalidade dos dispositivos. Durante o julgamento, prevaleceu o voto do Min. Marco Aurélio, no sentido de ser possível ao delegado de polícia formalizar acordos de colaboração premiada, durante a fase de inquérito, com a oitiva do Ministério Público, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial. Ficou assentado que, embora o Ministério Público seja o titular da ação penal pública, não possui a titularidade do direito de punir. Este pertence, exclusivamente, ao Poder Judiciário.

Desse modo, o acordo de colaboração, para ser considerado válido, depende de homologação judicial, a qual somente será realizada quando constatada a regularidade e legalidade do acordo, da adequação dos benefícios e dos resultados obtidos com a colaboração, bem como da voluntariedade da manifestação de vontade, notadamente, nessa última hipótese, quando o colaborador tiver sido alvo de medidas cautelares[59].

Em que pese o §14 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013[60] estabeleça que o colaborador deve renunciar ao seu direito ao silêncio, cumpre se observar que, na verdade, há apenas a renúncia ao exercício de tal direito.

Cumpre se advertir que não se pode confundir "meio de obtenção de prova" com "meio de prova", porquanto, segundo expressa dicção legal do §16 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, com redação dada pela Lei 13.964/2019, não serão decretadas medidas cautelares reais ou pessoais, nem proferida decisão de recebimento de denúncia ou queixa, nem sentença condenatória apenas com fundamento nas declarações do colaborador, o

---

tério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[59] Art. 4º. [...] § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

[60] Art. 4º [...] § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

que quer dizer que deve ser observada a "regra de corroboração"[61], segundo a qual o colaborador deve fornecer outros elementos de informação e provas capazes de confirmar as suas declarações.

Nesse sentido, cumpre se observar o aumento da amplitude da restrição à utilização das declarações do colaborador implementada pela Lei 13.964/2019, haja vista que a redação original do §16º do art. 4º da Lei 12.850/2013 apenas restringia a prolação de sentença condenatória com fundamento exclusivo nas declarações do colaborador.

Doutrinariamente, a natureza jurídica da delação premiada é controvertida, visto que há quem sustente que tal acordo tem: (1) natureza estritamente material[62]; (2) natureza de negócio jurídico processual, celebrado com o escopo de obtenção de prova[63]; (3) natureza híbrida, pois apresenta natureza tanto penal quanto processual[64].

Por ocasião do julgamento do HC 127.483/PR, em 27/08/2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que o acordo de delação premiada tem natureza de negócio jurídico processual personalíssimo, pois não comporta impugnação do delatado e tem por objeto a colaboração do delator para a investigação e para o processo, além de ser referido expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova"[65].

Tal orientação restou positivada no art. 3º-A da Lei n.º 12.850/2013, incluído pela Lei n.º 13.964/2019, o qual dispõe que "O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos".

Entretanto, parece equivocado considerar que o acordo de colaboração premiada teria natureza estritamente processual, pois a estrutura normativa da Lei n.º 12.850/2013 possibilita ao juiz a inobservância da autonomia da vontade do Ministério Público e do delator, o que aproximaria o instituto mais de um "direito premial" – tal qual a confissão

---

[61] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Comentada:** volume único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 540.

[62] SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 528.

[63] "Na previsão normativa da Lei 12.850/2013 (art. 3.º), a colaboração premiada tem a natureza jurídica de **meio [especial] de obtenção da prova**, materializado em um "acordo" reduzido a "termo" para devida homologação judicial (art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da LCO)." (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 149).

[64] PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 193.

[65] "[...] 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). [...]" (STF, Pleno, HC 127.483/PR, Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015, DJe 04/02/2016)

– do que de um negócio jurídico propriamente dito.

> O réu pode confessar com ou sem acordo de colaboração premiada e ordenamento já lhe assegura essa posição processual. Não há um acordo processual quando se faz a colaboração premiada, até porque a redução da pena, sua substituição ou o próprio perdão judicial dependem da interveniência do órgão jurisdicional (art. 4º da Lei 12.825/2013), descaracterizando a característica preponderante dos acordos processuais – a autonomia das partes.
>
> [....]
>
> Ocorre que os §§ 7º e 8º do mesmo artigo nos mostram a existência da participação ativa do magistrado nos termos do acordo, especialmente quando exige a homologação, condicionada à verificação judicial de sua regularidade, legalidade e voluntariedade. A lei permite, ainda, que o juiz possa recusar a homologação à proposta quando não atendidos os requisitos legais, podendo, inclusive, adequá-la ao caso concreto.
>
> Toda essa estruturação normativa está a indicar que o objetivo da colaboração premiada é estritamente material, ou seja, a apuração do fato criminoso, com reflexos naturais no campo processual, tal como ocorre em uma transação no processo no processo civil, cujo reflexo é a extinção do processo.[66]

Portanto, parece ser mais correto considerar o acordo de colaboração premiada como instrumento "híbrido" ou "bifronte", pois, em que pese a dicção legal e a jurisprudência do STF, não se pode ignorar a existência concomitante de elementos de natureza penal e processual penal.

Por fim, não pode deixar de ser citado o Acordo de Não Persecução Penal, instituído originalmente pelo art. 18 da Resolução CNMP n.º 181/2017, com redação dada pela Resolução 183/2018, o qual se apresenta como: "[...] um negócio jurídico bilateral de eficácia condicionada à sua homologação judicial, que impacta sobre o exercício da ação penal pública, condicionada ou incondicionada. Implica confissão voluntária e não exige delação de terceiros. [...]"[67].

Desde a sua edição, tal norma evidenciava notórios vícios de inconstitucionalidade formal e material, sendo que, por essa razão, a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB – e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – prontamente ajuizaram, respectivamente, as ADIs 5790 e 5793. Tais ações ainda não foram julgadas e imputam vício formal de inconstitucionalidade à Resolução CNMP n.º 181/2017, por usurpar competência privativa da União para legislar sobre direito processual e direito penal (art. 22, I, CF), por extrapolar o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF), bem como por ofensa ao princípio

---

[66] SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 2019. p. 528.

[67] ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparando. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Rene do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal.** Salvador: Juspodivm, 2019. p. 303.

da reserva legal (art. 5º, II, CF). Há também a imputação de inconstitucionalidade material consubstanciada em: (1) usurpação de competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção, por intermédio do juiz competente (art. 5º, XXXV e LIII); (2) violação do devido processo legal (art. 5, LIV, da CF); (3) violação da ampla defesa e do contraditório (art. LV, da CF); (4) violação da vedação de obtenção de prova por meio ilícito, em razão da imposição de confissão para obtenção do benefício (art. 5º, LVI, CF); (5) ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF).

De fato, salta aos olhos à violação à reserva legal, em sentido formal (art. 5º, II, e 22, I, da CF), pois matérias afetas ao direito processual e ao direito penal não poderiam ter sido tratadas via resolução. A natureza processual é notória, pois se trata de hipótese de não exercício do direito de ação, de dispensa do devido processo legal, de ampla defesa e de contraditório, além de produção de prova através da confissão. A natureza penal também resta evidente, pois o não ajuizamento de ação penal se condiciona à imediata aceitação de aplicação de uma pena, conforme expressamente previsto nos incisos III e IV do art. 18 da Resolução CNMP n.º 181/2017.

Em que pese segmento da doutrina tentasse amparar a Resolução CNMP n.º 181/2017 na Resolução 45/110, da Assembleia Geral da ONU, conhecida como "Regras de Tóquio" (denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não Privativas da Liberdade), como bem assevera Flavio da Silva Andrade, tal resolução é uma mera recomendação, sem força vinculante, que ainda conta com a expressa ressalva de que as suas disposições somente são aplicáveis caso haja compatibilidade com o sistema jurídico de cada país[68].

Como bem observa Franklyn Roger Alves Silva, a superação parcial desse problema poderia se dar a partir da aplicação subsidiária do art. 190 do CPC/2015:

> Melhor seria a veiculação de um instituto dessa envergadura por meio de lei, tal como ocorreu no âmbito da Lei n. 9.099/1995 e da Lei n. 12.850/2013. Enquanto pendente o processo legislativo reformador, poder-se-ia propor uma visão do acordo de não persecução penal como uma espécie de convenção processual, com amparo na aplicação do art. 190 do CPC combinado com o art. 3º do CPP, e reconhecer a sua incidência no processo penal com certos limites.[69]

Todavia, tal questão ganhou novos contornos a partir da edição da Lei 13.964/2019, a qual inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal para instituir a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal quando o investigado confessar, formal e circunstancialmente, a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, considerando-se para tal limite as causas de aumento e diminuição de pena incidentes no caso concreto[70]. Assim, a Lei n.º 13.964/2019 para ter sanado

---

[68] ANDRADE, Flavio da Silva. **Justiça penal consensual:** controvérsias e desafios. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 278-279

[69] SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 2019. p. 530.

[70] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4

o vício formal de violação à reserva legal, em sentido formal (art. 5º, II, e 22, I, da CF).

Também não há que se falar em vício formal da Resolução CNMP n.º 181/2017 pela suposta impossibilidade de expedição de regulamentos autônomos, pois, antes mesmo de passar a ter a Lei n.º 13.964/2015 como base legal, já seria possível ao CNMP a expedição de regulamentos autônomos, caso se adote a mesma lógica adotada para o CNJ, no sentido de ser possível a expedição de atos que visem a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais, tais como os princípios da eficiência (art. 37, *caput*, CF), da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF), da celeridade (art. 5º, LXXVIII) e do sistema acusatório (art. 129, I, IV e VI, CF). Isso, porque, por ocasião do julgamento da ADC 12, o Plenário do STF considerou válida a Resolução CNJ n.º 07 – que impusera a vedação ao nepotismo no Poder Judiciário –, a qual regulamentou princípios constitucionais, mas sem qualquer base legal[71].

Também não parece prosperar a alegação de usurpação de qualquer função do Poder Judiciário após a alteração implementada pela Resolução CNMP n.º 182/2018, que impôs a submissão do acordo à homologação judicial. Tal exigência restou expressamente consagrada em diversos parágrafos do art. 28-A do CPP.

Da mesma forma, não parece haver violação ao art. 129, I, da Constituição Federal, o qual reserva ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, haja vista que o princípio da obrigatoriedade deve ser interpretado como dever de atuação e não como dever de propositura de ação. De fato, a legislação infraconstitucional estabelece que ao invés de oferecer denúncia, o membro do Ministério Público tem a possibilidade de requerer o arquivamento do inquérito, pedir novas diligências ou oferecer transação penal, nas hipóteses legalmente admitidas.

Também não parece haver violação à vedação de obtenção de prova por meio ilícito (art. 5º, LVI, CF), pois a confissão tem sido admitida como válida, mesmo quando realizada em sede policial[72]. Na verdade, a Resolução CNMP n.º 181/2017 e o art. 28-A do

---

(quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. [...]

[71] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18 CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Rene do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal.** Salvador: Juspodivm, 2019. p. 29

[72] "[...] Pode ocorrer tanto na fase policial como em juízo, mas não valerá como atenuante, se confes-

CPP exigem uma segurança para o acusado maior do que a que se observa normalmente em sede policial, pois é comum que a confissão ocorra perante a autoridade policial, sem que o réu esteja acompanhado por advogado ou defensor público. Por outro lado, é indispensável que o suposto autor do fato esteja assistido por defesa técnica para a validade da confissão realizada no bojo do acordo de não persecução penal, por força do §3º do art. 18 da CNMP n.º 181/2017[73] e do §3º do art. 28-A do CPP[74].

Entretanto, Guilherme de Souza Nucci identifica inconstitucionalidade que não pode passar despercebida, pois, o acordo de não persecução penal, na forma como foi consagrado, representaria violação ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

> Note-se que a proposta é inovadora, pois permite um acordo entre MP e indiciado ou suspeito a atingir diretamente a pena, cujos limites ficam em aberto, como se constata do inciso V do art. 28-A: "cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada". Essa cláusula, constituída em termos vagos, pode levar à aplicação de uma pena privativa de liberdade, sem que tenha havido o devido processo legal. Naturalmente, não se pode cogitar ter havido o *devido processo legal*, significativo do respeito aos princípios constitucionais penais e processuais penais, quando for feito um singelo *acordo de não persecução penal*. [...] Os direitos humanos e as liberdades individuais, previstos no art. 5º da CF, asseguram a qualquer acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório, jamais incentivando a confissão; ao contrário, permitindo o direito ao silêncio para não se autoincriminar. Apontam-se outras garantias, como o juiz natural e imparcial, a publicidade do processo e a presunção de inocência, que somente se rompe com a condenação transitada em julgado. Todas essas – e várias outras – garantias individuais seriam solapadas pelo acordo de não persecução penal, demandando-se do acusado ampla confissão – e não lhe concedendo – ampla defesa. Não haveria contraditório, mas confirmatório. [...] O projeto é ambicioso, pois o investigado – como o texto o denomina –, com a homologação do acordo ele seja um sentenciado a cumprir pena, que pode envolver perda da liberdade, perda de bens e direitos, dever de indenizar a vítima, prestar serviços à comunidade e/ou pagar prestação pecuniária. Uma gama de sanções sem ao menos ter apresentado uma única prova em seu favor. Dir-se-á: não há necessidade de provar nada, pois ele "abriu mão do processo" e "confessou tudo". Fosse tão fácil, quando citado, sem ofertar defesa, nem apresentar advogado, também poderia ser imediatamente sentenciado pelo juiz, fazendo valer o que vigora na esfera cível: os efeitos da

---

sou no inquérito, e depois se retratou em juízo, a não ser que a confissão policial influa na condenação[...]" (DELMANTO, Celso; et al. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 132)

[73] Art. 18. [...] § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

[74] Art. 28-A. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

> revelia. Mas não. Ninguém será processado criminalmente, no Brasil, sem o patrocínio de um defensor e a instrução será necessariamente contraditória. Enfim, o art. 28-A do projeto é inconstitucional.[75]

No tocante à abertura referida no inciso V do art. 28-A do CPP, em nosso sentir, tal dispositivo não admite, nem mesmo em tese, que o acordo de não persecução penal contenha previsão de aplicação de pena privativa de liberdade, sob pena de tornar o acordo mais grave do que eventual pena imposta pelo magistrado.

Nesse sentido, cumpre se observar que o inciso V não pode ser lido desacompanhado dos incisos I a IV, os quais preveem a aplicação de 4 penas restritivas de direito, as quais, segundo o art. 44 do Código Penal, são substitutivas da pena privativa de liberdade – e não cumulativas.

Por fim, não se pode ignorar a similitude de regulamentação entre o acordo de não persecução penal e a transação, pois ambas preveem: (1) a imediata aplicação de penas restritivas de direito, desde que haja concordância do investigado; (2) que a aceitação das condições não gera reincidência; (3) que em caso de descumprido, o Ministério Público oferecerá denúncia. Exatamente pela evidente aproximação entre os institutos, verifica-se uma indevida ampliação da transação, em evidente violação ao art. 98, I, da Constituição Federal[76], haja vista que a Carta Magna não autorizou essa modalidade de imposição de pena, em caráter sumário, para além da competência dos Juizados Especiais Criminais[77].

III. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E A SUA REPERCUSSÃO EM RELAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Robert Alexy sustenta que norma é um conceito primário em relação ao conceito de enunciado normativo, sendo que aquele se apresenta como o significado que se pode extrair deste[78]. Assim, é intuitivo que as normas de direito material e de direito processual apresentem especificidades na sua aplicação, dado que derivadas de ramos autônomos do direito.

Para uma adequada compreensão da distinção entre as normas de direito material e direito processual, mostra-se relevante a realização de uma breve análise histórica acerca da autonomia e da relação entre as ciências.

---

[75] NUCCI, Guilherme de Souza. O projeto de lei anticrime. **Revista dos Tribunais**, vol. 1010, Dez., 2019. p. 71-91.

[76] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo , permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

[77] JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Primeiras Impressões sobre a Lei n. 13.964/2019: aspectos processuais. **Empório do Direito**. 14/01/2020. Disponível em: < https://emporiododireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais> Acesso em: 20/01/2020.

[78] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p.54

Em que pese haja na doutrina certa divergência acerca da nomenclatura das fases do direito processual[79], no presente trabalho se adotará a seguinte divisão de fases: 1ª) sincrética ou praxista; 2ª) autonomista ou processualismo; 3ª) instrumentalista; 4ª) formalismo-valorativo.

Na primeira fase, não existia autonomia científica do direito processual, o qual apenas se apresentava como um apêndice do direito material, estudado no seu aspecto externo do procedimento.

Por inexistir uma autonomia científica entre direito material e processual, justifica-se a posição de Aury Lopes Jr., no sentido de que se mostra indispensável a análise da evolução da pena de prisão para a adequada compreensão da evolução do direito processual[80].

Na Antiguidade, a prisão não possuía natureza de sanção, mas apenas de custódia do acusado até a sentença ou início da execução da pena, inclusive, porque essa se consubstanciava em pena morte e em outras penas corporais ou infamantes. A privação da liberdade somente adquire a natureza de pena no século XVII, quando surge uma preocupação em não se desperdiçar "mão-de-obra". Apenas no século XIX a prisão se converte na principal das penas. Esse movimento se caracterizou por uma progressiva passagem da vingança privada – na qual a vítima e seus parentes tinham o direito de aplicar a pena – para a aplicação da pena pelo Estado, agora como "pena pública"[81].

Apesar de o sistema acusatório já existir na Antiguidade, o seu declínio e a correspondente ascensão do sistema inquisitivo se dão a partir do século XII, quando se verifica um predomínio do direito canônico, no qual imperavam a persecução escrita e a ausência de contraditório, e o encarceramento preventivo figurava como regra[82].

Refratário a esse sistema, surge durante a Revolução Francesa de 1789 um movimento de abandono dessa sistemática inquisitiva, sendo certo que o *Code d' Instruction Criminalle* de 1808 (Código de Napoleão) - que começou a viger em 1811 – instituiu um sistema misto, o qual se constituía, em parte, por um sistema acusatório com traços adversariais, mas mantendo fortes traços do sistema inquisitivo. Desse modo, esse modelo combinava

---

[79] Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas: sincrética, autonomista e instrumentalista (A instrumentalidade do processo. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.26). Fredie Didier Jr. sustenta a existência de uma quarta fase chamada "Neoprocessualismo" (**Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44-47). No mesmo sentido, Eduardo Cambi defende a existência de uma quarta fase chamada "Neoprocessualismo" (**Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais e, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 115). Mais recentemente, Daniel Mitidiero passou a adotar a expressão "processo civil no Estado Constitucional" para designar essa quarta fase (**Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 48). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, utiliza a expressão "formalismo-valorativo" para qualificar essa quarta fase do processo civil (O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** Salvador: Juspodivm: 2010, p. 149-170).

[80] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 6º ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-4.

[81] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 2010. p. 1-4.

[82] LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 2016. p. 5.

um maior equilíbrio na paridade de armas – típica do sistema adversarial – com busca pela eficiência e verdade – típica do sistema inquisitivo[83].

Tal modelo atingiu o seu apogeu nos séculos XIX e XX, na Europa Continental, e influenciou diretamente os países da América Latina, dentre eles o Brasil, o qual editou o Código de Processo Penal de 1941 sob tal influência[84].

Entretanto, antes disso, não se pode ignorar uma profunda modificação que o Direito Processual sofreu. Em 1868, Oskar von Bülow publicou a obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* – A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais. Tal obra representou uma mudança paradigmática, pois, a partir de uma nítida distinção entre procedimento e processo, este deixa de ser considerado uma mera sequência de atos – procedimento – e passa a corporificar uma relação jurídica própria, distinta da relação jurídica de direito material[85]. O direito processual passa a ser visto como ciência autônoma em relação ao direito material, cada um com seus próprios objetos, relações e princípios norteadores.

A partir da distinção entre relação jurídica processual e relação jurídica material, Bülow estabelece as condições para a consolidação de uma visão publicista do processo, fincada em uma relação de direito público entre os particulares e o Estado.

Como fundamento de uma relação de direito público, as normas de direito processual – tanto de processo civil, quanto de processo penal – passam a ser vistas como cogentes, sem espaço de disposição pelas partes, como decorrência da soberania estatal sobre os particulares.

Essa fase se mostrou fundamental para a ciência do Direito Processual. Entretanto, a exacerbada postura autonomista acabou por criar um grande afastamento do direito material e, por consequência, resultou em um distanciamento do processo dos ideais de justiça[86].

Essa crescente preocupação com o atingimento dos ideais de justiça criou as bases para o início de uma terceira fase do Direito Processual, mais preocupada com os resultados do processo.

Em 1978, foi publicado, na Itália, o projeto de pesquisa intitulado "Projeto Florença de Acesso à Justiça", com quatro volumes, sob a coordenação de Mauro Cappelletti[87],

---

[83] LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 2016. p. 6.

[84] LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 2016. p. 6-8.

[85] SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil:** as exceções substanciais no processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5-6

[86] "[...] A premissa que orienta o declínio do processualismo (e do formalismo processual que lhe é correspondente) é a inauguração da preocupação dos intérpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça. [...]"(MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/ UFRGS**. Vol.X. nº 3, 2015. p. 257)

[87] *"The present essay is one of the fruits of a four-year comparative research project entitled "Florence Access-to-Justice Project," sponsored by the Ford Foundation and, with a slightly more local focus, the Italian National Council of Research (CNR). The essay will serve as the General Report introducing the Project's*

fruto de uma pesquisa iniciada em 1973, em 23 países.

Cappelletti e Garth, em trabalho intitulado "*Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective*", identificaram a existência de três ondas de acesso à justiça: 1º) assistência judiciária (*Legal Aid for the Poor*); 2º) representação jurídica para interesses "difusos" (*Legal Representation of "Difuse" Interests*); 3º) enfoque no acesso à justiça (*Acess-to-justice approach*)[88].

No Brasil, essa terceira fase é denominada, por Candido Rangel Dinamarco, de *Instrumentalismo*. Segundo o referido doutrinador, *"[...] É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual [...]"*[89].

Como resultado natural da preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional e da realização de justiça, o Instrumentalismo promoveu uma reaproximação entre o direito processual e o direito material, sem se abdicar das suas autonomias[90].

Apesar de tal temática ser abordada, de forma mais comum, no estudo do Direito Processual Civil, não se pode ignorar a influência da teoria instrumentalista no Direito Processual Penal, especialmente se considerarmos que, enquanto expressão do poder estatal, o processo é uno[91].

Desde já, cumpre se esclarecer que a afirmativa de que o processo é uno sob nenhuma hipótese engendra uma sugestão de que o processo civil e o penal deveriam observar uma dogmática única, mas apenas que se mostra possível perceber uma matriz comum a ambos.

Para uma doutrina clássica, o processo civil e o processo penal não apenas se orientam por normas próprias (princípios e regras), como possuem diferenças estruturais relacionadas ao seu objeto, bem como em relação à existência ou não de lide. Enquanto

---

forthcoming four-volume series. The volumes, being published by Sijthoff (Leyden and Boston) and Giuffrè (Milan) under the general editorship of Mr. Cappelletti are: Volume I. Access to Justice: A World Survey (edited by Messrs. Cappelletti and Garth); Volume II. Access to Justice: Studies of Promising Institutions (edited by Mr. Cappelletti and Mr. John Weisner); Volume III. Access to justice: Emerging Perspectives and Issues (edited by Messrs. Cappelletti and Garth); and Volume IV. Patterns in Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective (edited by Professor Klaus-Friedrich Koch)." (GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective. Maurer School of Law. Indiana University*. 1978. p. 181.)

[88] GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective*. 1978. p. 196.

[89] DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 24

[90] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo:** Influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 19

[91] "Como é una a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno (v. esp. cap.12), uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48.)

o objeto do processo civil corresponde ao pedido e à causa de pedir[92], vinculada a uma declaração de vontade que reconheça ou negue um direito ou interesse, o processo penal possui uma *pretensão punitiva*.

Não há como ignorar que o próprio Carnelutti – diante das críticas de Piero Calamandrei, Giulio Paoli e Francesco Invrea – reviu o seu posicionamento de que o conceito de lide seria afeto tanto ao Direito Processual Civil, quanto ao Direito Processual Penal, e passou a considerar que o processo penal tem natureza de jurisdição voluntária, sem lide, no qual há apenas um interesse em questão[93]. Todavia, considerar o processo penal como jurisdição voluntária não parece a melhor orientação, visto que não há como se falar em interesse único[94].

Note-se que essa distinção entre Direito Processual Civil e Processual Penal, relativa à existência ou não de lide, ganhou corpo tanto no CPC/1973, quanto na Constituição Federal de 1988.

Na vigência do CPC/1973, o critério da contenciosidade foi, sem dúvida, o mais aceito por aqueles que negavam a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, porquanto tal diploma legal tratava mérito e lide como expressões sinônimas, como claramente enunciado pela Exposição de Motivos do CPC/73[95].

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou o não acolhimento da noção de lide penal ao distinguir os litigantes (lide – processo civil) e os "acusados em geral" (pretensão acusatória – processo penal)[96], no inciso LV do art. 5º[97].

Não obstante tais diferenças, o Instrumentalismo se apresentou como uma fase que operou importantes modificações metodológicas tanto no Direito Processual Civil, quanto no Direito Processual Penal, em razão da carga axiológica unificadora da Constituição Federal.

> Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade. [...] Generoso

---

[92] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1956, p. 36-361.

[93] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 119, Mar./Abr., 2016. p. 165-199.

[94] BADARÓ. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

[95] BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos. In: **Código de Processo Civil:** Histórico da Lei. Vol.1. tomo 1. Brasília: Senado Federal, 1974. p. 13.

[96] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 2010. p. 81.

[97] Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

> aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na "condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo". A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade). [98]

A partir de tal lição, verifica-se que o Instrumentalismo criou as condições necessárias para a incorporação da doutrina garantista ao processo penal brasileiro. Nesse sentido, cumpre se observar que, segundo Luigi Ferrajoli, o Garantismo não descreve o que ocorre, mas prescreve o que deve ocorrer, uma vez que se trata de "[...] um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível", que resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais: 1) *Nulla poena sine crimine* – princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) *Nullun crimen sine lege* – princípio da legalidade; 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – princípio da necessidade do direito penal; 4) *Nulla necessitas sine injuria* – princípio da lesividade; 5) *Nulla injuria seine actione* – princípio da materialidade ou exterioridade da ação; 6) *Nulla actio sine culpa* – princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) *Nulla culpa sine judicio* – princípio da jurisdicionariedade; 8) *Nullum judicium sine accusatione* – princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) *Nulla accusatio sine probatione* – princípio do ônus da prova; 10) *Nulla probatio sine defensione* – princípio do contraditório ou da defesa[99].

Entretanto, em que pese o Instrumentalismo tenha criado o ambiente favorável para o processo penal incorporar os axiomas constitucionais, observa-se que, nessa teoria, a jurisdição ocupa papel central e, portanto, relega o processo a um mero papel coadjuvante. Isso, porque, para a teoria instrumentalista, a aproximação entre o direito material e o processual se opera por obra do magistrado (jurisdição), porquanto esse deve conduzir o processo para a aplicação do direito material.

Desse modo, na seara processual penal, verifica-se uma contradição interna do Instrumentalismo que não pode deixar de ser percebida. Enquanto tal doutrina atrai axiomas constitucionais que representam verdadeiro limite ao *jus puniendi* estatal[100], si-

---

[98] DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2013. p. 24.

[99] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 90-91.

[100] No que concerne ao Direito Processual Penal propriamente, mais clara se apresenta tal instrumentalidade, uma vez que não sendo o Direito Penal de coação direta, e uma vez que o Estado autolimitou o seu *jus puniendi*, não se concebe aplicação de pena sem processo. Os princípios do *nulla poena*

multaneamente, fortalece o papel do magistrado na perseguição da "verdade real", inclusive, orientando o procedimento para a aplicação do direito material.

A contradição é evidente, porque, se, por um lado, há uma limitação ao poder do juiz, por outro, há uma ampliação desse mesmo poder que se almeja conter, o que representa atribuir, por via transversa, traços inquisitoriais ao processo, em razão da possibilidade de transformação do poder do juiz em verdadeiro arbítrio. Ou seja, aquilo que é dado com uma mão é retirado pela outra.

No processo civil, a crítica a essa transformação do poder em arbítrio deu início a uma quarta fase metodológica, conhecida como formalismo-valorativo – expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[101] –, a qual não se restringe a conceber o processo como instrumento que deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas constitucionais.

O Formalismo-valorativo se mostra essencialmente distinto do Instrumentalismo na forma de compatibilizar o direito processual ao direito material. No Instrumentalismo, o processo é visto como um instrumento que deve ser conformado pelos juízes às exigências do direito material. Por outro lado, o Formalismo-valorativo afasta a jurisdição do vértice do sistema para atribuir ao processo a posição central da teoria, o que representa uma valorização de todos os atores processuais.

Nesse sentido, o processo é formalismo, porque "[...] A forma serve como garantia, e não amarra da justiça"[102]. A forma passa a desempenhar o papel de proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores. O processo é valorativo, visto que se destina à construção do direito positivo pelos intérpretes. Nesse sentido, o processo passa a ser visto como um direito fundamental e ambiente de criação do direito[103]. Por essa razão, Hermes Zaneti Jr. defende a existência de uma relação circular entre direito material e processual:

> Por tudo isso, o conceito que segue se revela essencial para o presente ensaio: *o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direto*

---

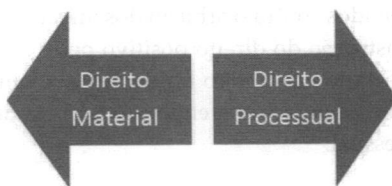
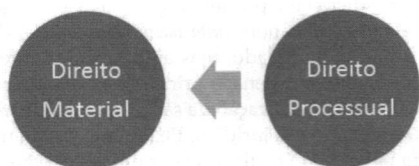
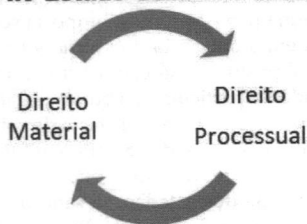
sine judice e *nulla poena sine judicio*, elevados à categoria de dogma constitucional, e segundo os quais nenhuma pena poderá ser imposta senão pelo Órgão Jurisdicional e por meio do regular processo, impedem a aplicação da *sanctio juris* sem o devido processo. O cânon *nulla poena sine judicio*, diz Leon, é posto não só como autolimitação da função punitiva do Estado, mas ainda como limite à vontade do particular, ao qual é negada a faculdade de sujeitar-se à pena; o princípio do *nulla poena sine judicio* dá lugar àquele nexo de subordinação entre processo e aplicação da sanção penal que não encontra correspondência em nenhum outro ramo do ordenamento jurídico. Realmente, enquanto a proibição que constitui o núcleo preceptivo da norma penal pode realizar-se por uma observância voluntarista dos cidadãos, a sanção somente poderá atuar por meio do processo [...] (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 1ª vol. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 28-29)

[101] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** Salvador: Juspodivm: 2010, p. 149-170

[102] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo:** O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. Atlas. São Paulo. 2014. p. 47

[103] MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. p. 256-274

> *material positivado*. Diverso está como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo *accertamento*, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, nesse sentido, que entre *processo* e *direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.
>
> Nessa senda, o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, "um direito material novo". Tal a expressão da aqui proposta *teoria circular dos planos*, que alberga a racionalidade material e processual do direito. Trata-se, portanto, de enfrentar a relação entre os planos do direito, interdependentes e complementares.[104]

Entretanto, impende se advertir que a sucessão das fases metodológicas do processo não importa numa necessária superação da fase anterior, pois o que se verifica é que uma fase agrega conceitos àqueles anteriormente existentes. Apesar disso, vislumbra-se uma notável modificação de perspectiva do modo de visualizar a relação entre direito material e direito processual, que pode ser entendida a partir do quadro abaixo:

FONTE: Elaborado pelo próprio autor, como fruto das discussões em sala de aula, na disciplina "A Constitucionalização do Processo", ministrada pelo professor Hermes Zaneti Jr., no curso de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

---

[104] ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo:** O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 191

Nesse contexto, cumpre se observar que o CPC/2015 parece se amoldar perfeitamente ao Formalismo-valorativo ao consagrar, em seu art. 1º, que: *"o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código"*. Ademais, tal diploma elencou "Normas Fundamentais do Processo Civil" – dentre as quais calha se destacar a cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º) e a primazia da solução integral do mérito (art. 4º), de observância cogente em todos os procedimentos –, instituiu um sistema de precedentes, adotou um modelo de flexibilidade procedimental e implementou um Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça.

O CPC/2015 não trata mais lide e mérito como expressões sinônimas[105], rompe com a dicotomia jurisdição contenciosa e voluntária e convoca o réu para integrar a relação processual (art. 238)[106] – e não mais se defender –, além de admitir a validade do processo, mesmo sem citação do réu, nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido (art. 239)[107].

As modificações implementadas pelo CPC/2015 e pela fase metodológica conhecida como Formalismo-valorativo se mostraram tão profundas, que segmento da doutrina passou a defender um novo conceito de jurisdição, afeto à noção de acesso à justiça e aplicação dos princípios constitucionais, abandonando o anterior critério da contenciosidade.

> [...] a *jurisdição* não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício do poder. Ela passa a ser, em nossa visão, *garantia do acesso à justiça,* que se desenvolve pelo exercício de *função* e *atividade* respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal. Seu principal escopo social é a pacificação social. E esta se atinge por intermédio do *processo* e *procedimentos* adequados, que levam à *tutela jurisdicional adequada.* Por outro lado, as características essenciais da jurisdição não podem mais ser detectadas segundo a doutrina clássica: [...][108]
>
> Este livro vai trabalhar com o conceito moderno de jurisdição, que se afasta dos vértices clássicos, ligados ou à justa composição da lide ou à atuação concreta da lei. Numa concepção contemporânea, a jurisdição é o espaço adequado para o que o Estado possa, em cada caso concreto, aplicar os princípios constitucionais.
>
> Nessa linha de raciocínio, surge, de um lado, a ideia do processo justo, como

---

[105] FERRAZ, Cristina. Reflexões sobre os novos rumos da jurisdição voluntária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 749-752.

[106] Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

[107] Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

[108] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016. p. 4.

> mecanismo de aperfeiçoamento da qualidade da prestação jurisdicional, e, de outro, a noção de que é possível compor de forma adequada o litígio fora das fronteiras do Poder Judiciário.[109]

Nesse sentido, salta aos olhos que esse novo conceito de jurisdição se amolda muito melhor ao processo penal do que as clássicas teorias defendidas pela doutrina de Direito Processual Civil.

Assim, o Formalismo-valorativo parece se amoldar sem qualquer esforço interpretativo ao processo penal, pois a forma – mais do que nunca – deve servir como proteção do acusado contra o arbítrio estatal, orientada pelos axiomas do Garantismo. O processo também é valorativo, porque se apresenta como um direito fundamental e ambiente de criação do direito. Inclusive, nesse último aspecto, não se pode ignorar que a sistemática do CPC/2015 referente à formação de precedentes é igualmente aplicável ao processo penal[110].

Como no Formalismo-valorativo o processo – e não a jurisdição – ocupa o vértice da teoria, surge um espaço dialógico mais propenso ao estabelecimento de paridade de armas, além de uma maior abertura ao modelo restaurativo de processo.

Assim, o Formalismo-valorativo pode operar como o elemento de harmonização entre o Garantismo Penal e a Justiça Restaurativa, os quais possuem aspectos divergentes, especialmente quando vistos em suas formas extremadas.

> Nesse aspecto reside um dos maiores pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o sistema de garantias penais, uma vez que o direito penal alicerça-se na legalidade, sendo esta uma das mais robustas garantias do cidadão, ao passo que aquela se fundamenta na ideia de construção da solução mais apropriada ao caso concreto, o que pode gerar consequências indeterminadas, levando-se em conta as peculiaridades do infrator, as necessidades da vítima e da comunidade, solução esta que pode não encontrar respaldo no ordenamento penal positivado.
>
> [...]
>
> Nesse aspecto, já se verifica um ponto crucial de divergência entre a proposta restaurativa e o garantismo: embora este vise a limitar o poder punitivo do Estado, ainda o concebe como mecanismo legítimo de reação penal. Por outro lado, a justiça restaurativa, em razão da sua inspiração abolicionista, questiona a legitimidade da pena, propondo, além de penas alternativas, alternativas às penas.[111]

---

[109] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação:** à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1.

[110] ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 373-379.

[111] SANTANA, Selma Pereira; OLIVEIRA, Tassia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 136, Out., 2017. p. 235-263.

Apesar das divergências acima, não se pode ignorar que o Garantismo e a Justiça Restaurativa buscam caminhos distintos para a obtenção dos mesmos objetivos – "[...] a humanização do modelo de reação penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal ao punir o cidadão"[112] –, razão pela qual aparentemente a compatibilização das teorias se mostra possível, até mesmo como forma de se buscar um tratamento adequado do conflito criminal, com uma maior observância do grau de violação dos bens jurídicos e das condições pessoais da vítima e do criminoso.

Ademais, a conjugação das teorias do Garantismo e da Justiça Restaurativa se mostra possível, uma vez que ambas podem ser atendidas em graus variáveis. Como já foi dito anteriormente, o Garantismo é "[...] um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível"[113]. Da mesma forma, segundo as lições de Howard Zehr, as práticas de justiça restaurativa podem apresentar variados graus: 1º) totalmente restaurativas; 2º) majoritariamente restaurativas; 3º) parcialmente restaurativas; 4º) potencialmente restaurativas; 5º) pseudo ou não restaurativas[114]; sendo certo que o enquadramento em cada um desses graus dependerá da resposta dada a cada uma destas sete perguntas:

1. O modelo dá conta de danos, necessidades e causas para todos os envolvidos?
2. É adequadamente voltado para as necessidades daqueles que foram prejudicados?
3. Aqueles que causaram danos são estimulados a assumir responsabilidades?
4. Os interessados relevantes estão sendo envolvidos?
5. Há oportunidade para diálogo e decisões participativas?
6. Todas as partes estão sendo respeitadas?
7. O modelo trata todos igualmente, levando em conta e cuidando dos desequilíbrios de poder?[115]

Também não se pode olvidar de que o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016, editou a Resolução n.º 225, com o objetivo de tentar consolidar e uniformizar a Justiça Restaurativa no âmbito judiciário.

Nesse sentido, a partir das perguntas acima explicitadas, cumpre se observar que o Código de Processo Penal apresenta poucos dispositivos que demonstram uma maior preocupação com a vítima e com a responsabilização pelos danos ocasionados pelo ilícito, *v.g.*, como os artigos 201, §2º[116], e 387, IV[117], com redações dadas por leis do ano

---

[112] SANTANA, Selma Pereira; OLIVEIRA, Tassia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. 2017. p. 235-263.

[113] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do Garantismo Penal. 2010. p. 90.

[114] ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Atenas, 2015. p. 77.

[115] ZEHR. **Justiça Restaurativa.** 2015. p. 77.

[116] Art. 201. [...] §2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

[117] Art. 387. [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, conside-

de 2008. Mesmo os instrumentos negociais da Lei n.º 9.099/95, anteriormente abordados, demonstram uma baixa preocupação com a vítima, a qual sequer integra os acordos formulados em sede de transação e suspensão condicional do processo, celebrados diretamente entre Ministério Público e suposto autor do fato delituoso.

Desse modo, em que pese o esforço do CNJ em editar uma resolução específica sobre práticas restaurativas, verifica-se que, ao menos no processo penal, ainda não está sendo explorada de forma satisfatória toda a potencialidade desse sistema.

Portanto, a aproximação metodológica entre o processo civil e o processo penal, operado pelo formalismo-valorativo, possibilita não apenas uma ampliação do espaço negocial no processo, mas, principalmente, uma valorização de todos os atores processuais e a incorporação definitiva das doutrinas garantistas e restaurativas.

IV. A APLICAÇÃO DO ART. 190 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO PROCESSO PENAL

No capítulo anterior, ficou assentada a aproximação científica entre o processo civil e o processo penal, operada a partir da Constituição Federal de 1988. Neste Capítulo, contudo, o que se pretende analisar é a possibilidade de aplicação das disposições do CPC/2015 ao processo penal, a partir dos enunciados normativos vigentes.

Assim, a presente análise deve partir do art. 15 do CPC/2015, o qual dispõe que: "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Em que pese tal dispositivo não faça referência ao processo penal, este também se utiliza das disposições processuais civis, por força do diálogo das fontes que o art. 15 do CPC/2015 opera com o art. 3º do CPP[118], o qual dispõe que: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

Tal diálogo das fontes se opera por quatro fatores. Em primeiro lugar, muitas das normas de processo civil detalham normas de índole constitucional, tal qual se observava em relação ao art. 489, §1º, do CPC[119], o qual estabelece um padrão mínimo de fundamentação e, desse modo, fornece contornos concretos ao Princípio da Fundamentação

---

rando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

[118] CABRAL, Antonio do Passo. **Acordos Processuais no Processo Penal.** Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. n. 64, abr./jun., 2017, p. 69-93.

[119] Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

das Decisões Judiciais, consagrado no art. 93, IX, da Constituição Federal[120]. Tal aplicação não se dava de forma subsidiária, e, sim, supletiva, uma vez que não havia omissão no CPP em relação a essa matéria, a qual era trata no art. 381[121].

> Nesse sentido, o art. 489, § 1º, do CPC se coloca ao processo penal como um parâmetro que define, exemplificativamente, o que não é uma decisão fundamentada. Essa aplicação da regra do CPC ao diploma processual penal decorre de interpretação supletiva do art. 3º do CPP em conjunto com o art. 15 do CPC. Isso porque o dever de motivar já existe naquele sistema – o que desautoriza a aplicação da analogia pela ausência de lacuna –, de modo que a regra do art. 489, § 1º, do CPC apenas lhes complementa o sentido. Ademais, essa aplicação não encontra óbices constitucionais, tendo em vista que a garantia fundamental da motivação está sendo amplificada e não suprimida. Não se identificam, também, incompatibilidades lógicas entre a norma que se pretende aplicar e o sistema processual penal. Pelo contrário, existe harmonia. Tanto assim o é que o art. 489, §1º, do CPC já está sendo aplicada ao processo penal, inclusive com decisões oriundas do STJ, no sentido de considerar inválidos determinados pronunciamentos jurisdicionais por vício na fundamentação.[122]

Entretanto, não se pode ignorar que, a partir da edição da Lei n.º 13.964/2019 a aplicação do art. 489, §1º, do CPC no processo penal, em caráter supletivo, passou a ser despicienda, em razão da inclusão do §2º no art. 315 do CPP[123], o qual possui redação praticamente idêntica ao referido artigo do diploma processual civil.

Em segundo lugar, quando o art. 3º do CPP dispõe que a lei processual penal admitirá a suplementação dos princípios gerais de direito, acaba por atrair a incidência do art. 15 do CPC/2015, o qual instituiu uma matriz comum ao direito processual, através da

---

[120] Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[121] Art. 381. A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.

[122] PINTO, Marcos Vinícius; BEDÊ JUNIOR, Américo. A aplicação do art. 489, §1º, do CPC ao processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 152. Fev., 2019. p. 315-346.

[123] Art. 315. [...] § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

integração das legislações dessa natureza.

> Nesta concepção, o novo Código, ao instituir verdadeira teoria geral do processo como síntese indutiva das diretrizes metodológicas e de princípios elevados ao grau máximo de generalização útil, condensados a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual, amarrou no art. 15 o desígnio do mais amplo diálogo de fontes normativas processuais. Solidifica-se o direito processual como uma grande família de instrumentos, que admite diversidades e agrupamentos internos e diversos. Toda essa pluralidade de arranjos, todavia, apenas se justifica para melhor fazer acontecer os direitos materiais, tão variáveis, não dispensando a integração máxima e absoluta das legislações de índole processual.[124]

Por tal razão, Hermes Zaneti Jr. defende que o sistema de precedentes regulamentado pelo CPC/2015 tem aplicação supletiva ao processo penal, porque a matéria de precedentes não decorre do direito positivo, mas de uma questão de teoria do direito[125].

Em terceiro lugar, não se pode defender que o processo penal existe em isolamento em relação aos outros ramos do direito, sendo certo que, inclusive, têm se verificado fortes repercussões do processo administrativo – o qual é expressamente referido na matriz formada pelo CPC/2015 – no processo penal. É o que se verifica, por exemplo, quando é celebrado acordo de leniência com o CADE, o qual impõe a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia, nos termos do art. 87 da Lei n.º 12.529/2011[126]. Da mesma forma, o parcelamento e o pagamento integral de um débito tributário – o que ocorre no bojo de um procedimento administrativo – têm aptidão, respectivamente, para suspender a pretensão punitiva estatal e extinguir a punibilidade[127].

Em quarto lugar, não se pode afirmar que o processo penal sempre terá índole condenatória, pois essa inexiste na revisão criminal, na reabilitação, no *habeas corpus* e nos mandados de segurança criminais. Inclusive, nesse último verifica-se a aplicação subsi-

---

[124] TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao art. 15 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 49.

[125] ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP: Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in mallam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. (Coord.); DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral). **Processo Penal.** Coleções Repercussões do Novo CPC, v. 13, 2016. p. 462-465.

[126] Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 , e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

[127] "[...] 1. Segundo pacífica jurisprudência da 3. Seção desta Corte, o parcelamento do débito tributário antes do recebimento da denúncia na vigência da Lei nº 10.684/03 acarreta tão-somente a suspensão da pretensão punitiva estatal durante o período de inclusão no programa de recuperação fiscal, extinguindo-se a punibilidade somente após o seu integral pagamento. [...]" (STJ, 5ª Turma, HC 94.274/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julg. 04/12/2008, DJE 02/02/2009)

diária do CPC/2015 em relação à disciplina dos recursos, uma vez que a Lei n.º 12.016/09 não traz disciplina própria aos recursos.

Portanto, o art. 15 do CPC/2015 é aplicável ao processo penal, pois as normas do processo civil, a depender do caso, poderão ser aplicadas em caráter subsidiário ou supletivo. Entretanto, essa aplicação não pode ser indiscriminada, sendo indispensável a utilização de um duplo filtro de verificação da compatibilidade:

> A aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC. Assim, preservação dos sistemas paralelos (pos-sistema) e conformação constitucional (constitucionalização) são postulados de aplicação subsidiária e supletiva do CPC aos outros ordenamentos processuais.[128]

A título de exemplo, há quem sustente não ser possível a celebração de convenção processual para a escolha de perito, uma vez que o art. 159 do CPP[129] estabelece que as perícias serão realizadas por perito oficial[130].

De fato, há uma notória incompatibilidade entre o *caput* do art. 159 do CPP e o art. 471 do CPC/2015. Entretanto, tal incompatibilidade parece não existir quando inexistir perito oficial no local, pois, nessa hipótese, o juiz deve nomear dois peritos com diploma de nível superior e com habilitação técnica na matéria. Nesse caso, a admissão da convenção processual pode servir como importante instrumento de colaboração das partes com o juízo.

No entanto, para que as partes possam realizar verdadeiros acordos processuais e não meros pseudoacordos, que importem exclusivamente na renúncia do exercício de direitos constitucionais, há a necessidade de um compartilhamento dos poderes de produção de prova, caso contrário, toda negociação teria por base a prova constituída exclusivamente pela acusação. Nesse sentido, as convenções processuais têm aptidão para ocasionar uma gestão mais eficiente do processo e um maior protagonismo das partes na realização de justiça.

> Da mesma forma, quando a defesa encontrasse obstáculos à realização de diligência requerida no corpo do inquérito policial, com base no permissivo constante do art. 14 do CPP, demonstrando a sua pertinência para a apuração

---

[128] ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP: Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in mallam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). 2016. p. 460.

[129] Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.[...]

[130] CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. 2017, p. 84.

> do fato, poderia o defensor propor ao Ministério Público a prática de ato cooperativo para a tomada de depoimento em conjunto, realizando-se uma oitiva de testemunha no gabinete do Ministério Público com a participação da defesa técnica, sempre que negada a oitiva pelo Delegado de Polícia.[131]

Várias são as possibilidades de negócios jurídicos atípicos que podem ser celebrados com igual finalidade, como, *v.g.*, acordo de dispensa consensual de assistentes técnicos, pacto de disponibilização prévia de documentos (pacto de *disclosure*).

Inclusive, não se pode negar a existência de convenções processuais atípicas cotidianamente na prática forense, como ocorre, *v.g.*, quando há a inversão das oitivas das testemunhas, com a concordância da acusação e da defesa[132], o que, em muitas hipóteses, além de não representar prejuízo, pode se mostrar benéfico para a defesa.

Portanto, o art. 190 do CPC/2015 deve ter aplicação supletiva ao Código de Processo Penal, desde que, no caso concreto, a convenção não contrarie os princípios e regras próprios do CPP e da Constituição Federal.

V. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o art. 190 do CPC/2015 deve ter aplicação supletiva ao Código de Processo Penal, como forma de autorizar a celebração de convenções processuais atípicas.

Tal aplicação se dá, por força do diálogo das fontes operado entre o art. 15 do CPC/2015 e o art. 3º do CPP, viabilizado pelo fato de o CPC/2015 detalhar normas de índole constitucional e instituir uma matriz comum ao direito processual, bem como pelo processo penal sofrer reflexos de outros ramos processuais e nem sempre ter índole condenatória.

Ademais, a aproximação entre o Direito Processual Civil e Processual Penal em decorrência da incidência metodológica do Formalismo-valorativo possibilita uma racionalização das doutrinas garantistas e restaurativas, em um ambiente processual mais dialógico.

Contudo, esse espaço dialógico encontra limites, porque eventuais negócios jurídicos celebrados devem passar por um duplo filtro, uma vez que não podem contrariar os princípios e regras do CPP e da Constituição Federal.

---

[131] SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 2019. p. 87.

[132] A jurisprudência, de forma pacífica, admite essa espécie de acordo e nega a existência de qualquer nulidade na inversão da oitiva de testemunhas, quando há a concordância expressa ou tácita da defesa, conforme se pode verificar nos seguintes julgados: TJRJ, APL 0003296-50.2016.8.19.0071, Porto Real, Sétima Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, DORJ 02/03/2018, Pág. 364; TJRS, ACr 0326096-76.2017.8.21.7000, Canoas, Primeira Câmara Criminal, Relª Desª Jayme Weingartner Neto, Julg. 13/12/2017, DJERS 29/01/2018; TJPI, RSE 2017.0001.009867-0, Primeira Câmara Especializada Criminal, Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, DJPI 15/03/2018, Pág. 32; TJCE, HC 0628536-03.2018.8.06.0000, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Padua Silva, DJCE 08/11/2018, Pág. 138; TJBA, AP 0554160-12.2014.8.05.0001, Salvador, Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Jefferson Alves de Assis, Julg. 05/07/2018, DJBA 09/08/2018, Pág. 520.

VI. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

ANDRADE, Flavio da Silva. **Justiça penal consensual:** controvérsias e desafios. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparando. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Rene do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal.** Salvador: Juspodivm, 2019.

BADARÓ. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. Influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos. In: **Código de Processo Civil:** Histórico da Lei. Vol.1. tomo 1. Brasília: Senado Federal, 1974.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. n. 64, abr./jun., p. 69-93, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**. vol. 149, jul., p. 339-364, 2007.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18 CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Rene do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de não persecução penal.** Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções processuais em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol. 1.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais e, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovene, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 132

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. *A Comparative Empirical Study of Negotiation in Criminal Proceedings Between Brazil and the United States of America. University of Baltimore Journal of International Law: Vol. 4, Article 4*, p. 59-96, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ, Cristina. Reflexões sobre os novos rumos da jurisdição voluntária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective. Maurer School of Law. Indiana University*. 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, jan./jul., p. 15-26, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Primeiras Impressões sobre a Lei n. 13.964/2019: aspectos processuais. **Empório do Direito.** 14/01/2020. Disponível em: < https://emporiododireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais> Acesso em: 20/01/2020.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Comentada:** volume único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 540.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 6º ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-4.

MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Vol.X. nº 3, 2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o ("dispensável") art. 232 do Código Civil. In: DIIDER JÚNIOR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coords.). **Prova, exame médico e**

presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262.)

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo.** Editora Revista dos Tribunais. vol. 111, Jul./Set., p. 103-112, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**. vol. 92, out.-dez., p. 87-104, 1998.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Poente Constitucionalismo Brasileiro: A Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. O projeto de lei anticrime. **Revista dos Tribunais**, vol. 1010, Dez., p. 71-91, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm: 2010.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação:** à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Marcos Vinícius; BEDÊ JUNIOR, Américo. A aplicação do art. 489, §1º, do CPC ao processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 152. Fev., 2019.

SANTANA, Selma Pereira; OLIVEIRA, Tassia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 136, Out., p. 235-263, 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa.** 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil:** as exceções substanciais no processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 1ª vol. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao art. 15 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 119, Mar./Abr., p. 165-199, 2016.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do Direito Penal Negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 156. Jun., p. 279-306, 2009.

ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP: Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in mallam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. (Coord.); DIDIER Jr., Fredie (Coordenador Geral). **Processo Penal.** Coleções Repercussões do Novo CPC, v. 13, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

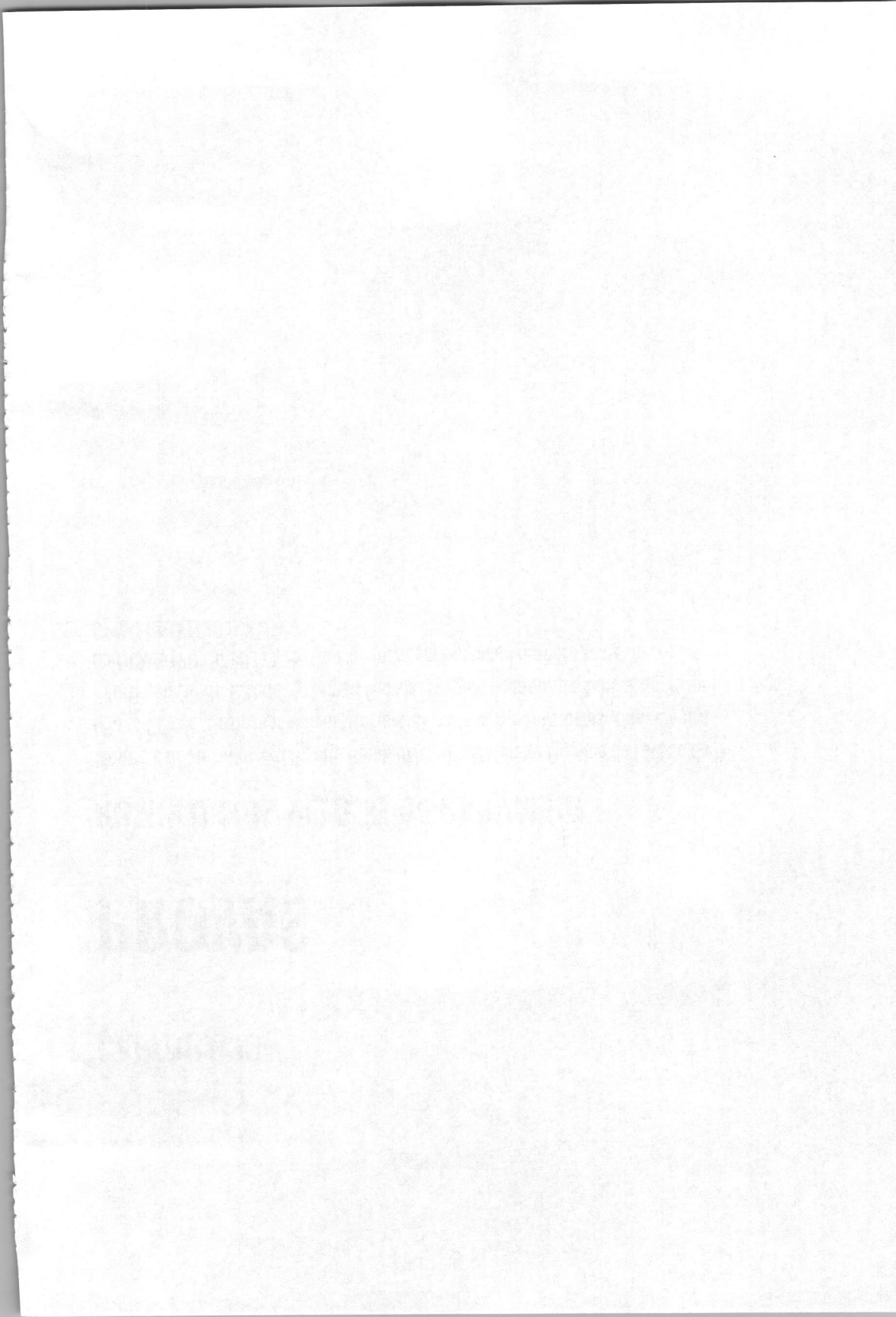
ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. Atlas. São Paulo. 2014.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Atenas, 2015.

CAPÍTULO III

PROVAS

RÔMULO LUIS VELOSO DE CARVALHO

Mestre e doutorando em Direito Penal PUC-MG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Professor universitário e de cursos preparatórios. Conselheiro Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Ex-Coordenador da Escola Superior da DPMG (2018/2019). Ex-Coordenador de Desenvolvimento Institucional da DPMG (2017/2019).

CAPÍTULO III – PROVAS

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROVA PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE PROBLEMAS CONCRETOS

I. AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS SOBRE A PROVA E AS NULIDADES PROCESSUAIS

O direito de punir pertence ao Estado e esse somente pode ser exercido por meio de um processo que preste reverência ao figurino constitucional. É lição elementar que para a proteção de bens jurídicos penalmente tutelados o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a supressão excepcional da liberdade dos cidadãos que – submetidos a um processo penal constitucionalmente válido – são chamados a responder com tempo de vida fora da liberdade pelo desvio comprovado em contraditório judicial.

Ocorre que o modelo constitucional delineado para o processo penal se encontra sensivelmente desrespeitado pela forma como as agências penais operam no dia a dia das variadas comarcas espalhadas pelo Brasil, cenário intolerável de desrespeito que requer constantes esforços de estabelecimento da normalidade constitucionalmente determinada.

As tentativas de explicação para o divórcio entre o sistema e a prática são diversas: a herança de uma cultura autoritária, a comprovada inspiração fascista na formulação do Código de Processo Penal brasileiro, a pressão midiática pela busca por condenações e supressões de garantias fundamentais, enfim, assume-se de saída a orientação de que a prática penal brasileira se encontra ainda inserida em um modelo ultrapassado e inconstitucional de lida com a atribuição de responsabilidade penal.

Fator agravante é que a perspectiva no debate público não é de melhora, no contexto em que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347) para a realidade carcerária, avança o aprisionamento incontrolado, reeditam-se as chacinas decorrentes de guerra de facções, proliferam-se propostas legislativas de endurecimento do rigor sancionatório e concomitante tolerância com a letalidade policial.

Neste contexto, o legislador inovou em 2019 ao produzir a Lei 13.964 (pacote anticrime), com avanços (consagração do modelo acusatório na legislação infraconstitucional) e retrocessos (aumento do limite para pena privativa de liberdade, vedação *ex lege* de liberdade provisória, aumento do percentual para progressão de regime na Lei de Execução Penal, entre outros).

Ocorre que a resistência inquisitorial não tardou a reagir aos avanços. Determinados setores corporativos foram ao judiciário tentar impedir a aplicação de uma série de garantias, tendo até o presente momento relativo êxito com a liminar proferida pelo ministro Luiz Fux, nas ações diretas de inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, em que, por decisão individual frontalmente contrária a anterior proferida pelo ministro Dias Toffoli, suspendeu por prazo indeterminado a implementação do denominado juiz de garantias e seus importantes consectários. É um curioso caso de corte constitucional, última trincheira na garantia de direitos, que atua contra a afirmação do modelo constitucional de processo penal na legislação ordinária. Portanto, no aguardo de que com

brevidade o plenário corrija o equívoco, não deixará o presente trabalho de dialogar com a novel legislação.

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI, assegura a conhecida garantia fundamental de que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, o Código de Processo Penal, no artigo 157, determina a ilicitude das provas conseguidas com violação das normas constitucionais ou legais. Ainda assim, local de insistente desrespeito ao texto constitucional é justamente o do trato da matéria de prova no país.

Esse sistema normativo clássico de intolerância às ilegalidades probatórias não vem se revelando suficiente para coibir irregularidades pela forma como opera. É necessário ir além, adotar um modelo de conformação constitucional maximizadora das garantias fundamentais existentes no ordenamento nacional, visto que a inadmissibilidade das provas ilícitas não constitui garantia autônoma, capítulo à parte do direito processual penal, mas sim uma peça de um todo que é o modelo constitucional brasileiro de processo penal, informado por uma série de princípios fundamentais que com toda sua incidência coordenada consubstanciam um autêntico modelo democrático de direito processual.

Geraldo Prado[133] contribui para o debate:

> As explicações sobre os excessos judiciais anotados no cotidiano forense, por sua vez, são debitadas às imperfeições técnicas que resultam de duas ordens de fatores: uma genética autoritária intuída da própria história das instituições políticas brasileiras, entre as quais o Poder Judiciário; e o relativamente débil preparo teórico dos juízes, que em sua maioria não saberiam aplicar a Constituição ao caso concreto.

Neste cenário, as instituições públicas autônomas e constitucionalmente vocacionadas à proteção dos direitos fundamentais e promoção dos direitos humanos, em especial a Defensoria Pública e o Ministério Público, não podem se quedar tímidas em desempenhar sua missão constitucional como verdadeiros faróis para transformação de práticas atentatórias aos mandamentos constitucionais.

Ferrajoli aponta que a principal garantia processual, que forma o pressuposto de todas as outras, é a da submissão à jurisdição, expressa pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*, a partir dela, compreende-se de um lado que a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, de outro ela também se prestará a assegurar que a prova precisa ser encontrada mediante um procedimento regular, visto que nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito submetido a qualquer tipo de pena sem garantias[134] formais.

É destacada também a importância do princípio da presunção de inocência para ressignificação que ora se começa a apresentar para a gestão adequada da prova penal no Brasil, o princípio foi consagrado na Constituição brasileira pela primeira vez em 1988, quando se cravou no artigo 5º, LVII, que: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em*

---

[133] PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marical Pons, 2019. p.35.

[134] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 432.

julgado da sentença penal condenatória.

Pacelli[135] lembra que a doutrina aponta duas dimensões para o princípio referido: regra de tratamento, segundo a qual em nenhum momento do *iter persecutório* o réu pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação e outra de fundo probatório, estabelecendo que todos os ônus da prova devem recair exclusivamente sobre a acusação. Aury Lopes Jr.[136] vai mais fundo na projeção da garantia, asseverando que a partir do momento que o cidadão é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada, existe uma presunção que deve ser destruída pelo Ministério Público sem distribuição de cargas probatórias, toda ela está inteiramente nas mãos do acusador, inclusive para as causas de justificação alegadas.

Neste sentido, Geraldo Prado[137] complementa:

> O processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto com a "possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir", algo que é quase da genealogia da inquisitiva verdade real.

É igualmente determinante para validade de toda a atividade probatória o contraditório concebido não em uma dimensão formal de abrir a defesa espaço para resposta no momento em que os órgãos de controle desejam tornar público o trabalho que já realizam, mas sim de verdadeira possibilidade de participação e influência ao logo do procedimento administrativo e judicial.

A Constituição foi expressa no sentido de que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (artigo 5º, LV). Denota-se do texto constitucional, no final do inciso, que todos os meios e recursos necessários à realização do contraditório efetivo estão também inseridos pela proteção constitucional. O princípio do contraditório atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus[138].

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam de fato um contraditório pleno e efetivo: pleno justamente porque se exige a observância do debate bilateral durante todo o desenrolar do processo e efetivo porque não é suficiente dar à parte possibilidade formal de pronunciamento sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha con-

---

[135] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

[136] LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 364.

[137] PRADO, Geraldo. Ob. Cit. p. 12

[138] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Afrânio Silva Jardim, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 44.

dições reais de contrariá-los[139].

Apesar de toda a força garantista que irradia da Constituição Federal já desde 1988, a partir de uma leitura redutora dos princípios entabulados, a jurisprudência pátria se revela muitas vezes condescendente com vícios graves em matéria probatória, sendo raras as decisões que efetivamente determinem a extração de provas ilícitas ou declarem as consequências dos seus problemas, como exemplos abundam: entradas em residências sem as formalidades constitucionalmente exigidas em áreas pobres, invasões de privacidade com a devassa de conteúdos de comunicação em celulares no momento do flagrante delito, a irregularidade dos procedimentos de reconhecimento, além de tantas outras hipóteses.

No que concerne aos atos processuais, Aury[140] explica que é recorrente a divisão das nulidades em grupos, classificam-se em absolutas e relativas. As primeiras são definidas como aquelas que violam a tutela de um interesse público, violam princípio constitucional e podem ser declaradas de ofício ou por provocação, com prejuízo presumido e insanável. De outro lado, é relativa a nulidade do ato quando o defeito não for grave, violar um interesse essencialmente privado, quando então a declaração depende de provocação, preclui e exige demonstração de prejuízo.

Na prática, há extrema dificuldade de nulificar um ato processual. Incorporou-se a ideia indiscriminada de aproveitamento de atos e a marcha segue assim firme em uma crença de que o papel do julgador é desvendar a verdade. O artigo 563 do Código de Processo Penal é um dos grandes responsáveis pelo descontrole das práticas de apuração de infrações penais no país, preconiza o artigo que não se decretará nulidade sem que se demonstre o prejuízo para uma das partes, uma equivocada máxima de que não existem nulidades absolutas.

Defendendo essa visão, por todos, Ada Pellegrini[141] sustenta:

> A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação. [...] deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.

Lançando os olhos para a realidade, mergulhada em uma cultura inquisitória e autoritária, é perceptível que os conceitos são relativizados para se evitar a todo custo a declaração de qualquer nulidade e assegurar a possibilidade de se utilizar de provas e

---

[139] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 63.

[140] Lopes Jr,. Aury. Ob. Cit. p. 930.

[141] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. Ada Pellgrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

atos viciados.

Por essa razão, melhor a orientação de Alexandre Morais da Rosa[142], que defende a superação dessa distinção arbitrária e sem sentido entre nulidade relativa e absoluta, visto que todas as hipóteses de violação ao devido processo legal devem ser declaradas nulas. Não é possível tolerar aproveitamento de provas ou validade de atos inseridos no processo com violação de mandamentos de ordem constitucional.

As formas determinadas para o regular prosseguimento do processo penal não são procedimentos superáveis. É o processo instrumento da jurisdição, mas isso não impede de admitir que ele, como meio de uma atividade-fim tem seu próprio escopo, ou seja, o meio utilizado para o alcance de determinado objetivo também é produto de um juízo de valor na sua escolha, atende a fins determinados[143], por vezes, constitucionalmente protegidos.

Flaviane de Magalhães Barros defende que uma interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira codependente. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios se afeta também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes[144].

Essa é a perspectiva afirmadora de direitos fundamentais e do texto constitucional que precisa prevalecer, os dispositivos do Código de Processo Penal devem sofrer a necessária filtragem à luz do texto constitucional de modo que os intérpretes atuem para bloquear qualquer expansionismo autoritário em descompasso com o pacto político-social firmado em 1988.

Com o advento da Lei 13.964, em especial quando finalmente entrar em vigor o artigo 3º-A, do CPP, a missão ganha o reforço de um dispositivo na legislação infraconstitucional que espanca definitivamente de vigência os de matriz inquisitorial que ainda existiam. Portanto, adiante análises de questões concretas que permitem salientar a necessidade de uma proteção da cultura democrática, revertendo tendências que relativizam garantias fundamentais dos indivíduos.

II. QUESTÕES EM TORNO DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL

A divisão entre a prática e o regime legal assume contornos inequívocos nos casos de reconhecimento de pessoas, nas delegacias e nos fóruns nacionais. A realidade opera como se o Código de Processo Penal não tivesse disciplinado a questão, como se as formas previstas não concretizassem preocupações relevantes do legislador para consubstanciar justamente o devido processo legal e a presunção de inocência.

Para completar o cenário, a jurisprudência dominante recorrentemente valida reco-

---

[142] ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 692.

[143] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.11

[144] BARROS, Flaviane de Magalhães. *(RE) forma do Processo Penal. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17.

nhecimentos realizados sem o mínimo cuidado com as garantias, por vezes reconhecendo a irregularidade da prática, mas exigindo a demonstração de prejuízo com o ato defeituoso. Para esses julgados, ser condenado criminalmente com o julgador levando em consideração um reconhecimento constitucionalmente viciado não é prejuízo presumido, ou seja, inverte para a defesa inconstitucionalmente o ônus de demonstrar que o indivíduo reconhecido não era o autor do fato imputado.

A primeira menção do Código de Processo Penal ao reconhecimento de pessoas é no artigo 6º, inciso VI, que disciplina que logo que a autoridade policial tiver conhecimento da prática de uma infração penal deverá ela proceder a realização de referido ato como uma das providências legais obrigatórias e iniciais. Todavia, somente no artigo 226 é que o diploma vai disciplinar o procedimento de forma esquadrinhada. Os requisitos são bem claros e objetivos, merecendo a transcrição:

> Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
>
> I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
>
> II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
>
> III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
>
> IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parcela da doutrina[145] chega a consignar que há dois tipos de reconhecimento de pessoas, o informal que é realizado na própria audiência, quando o juiz pergunta, por exemplo, se a testemunha reconhece o réu e outro realizado "quando necessário assegurar maior certeza", que é o que segue a fórmula legal.

O entendimento é o que tem maior aceitação, mas não preza pelo melhor caminho e nem tem albergue legal. O dispositivo citado não vem acompanhado do indicativo de que o rito deve ser seguido quando conveniente, confortável, estiver de fácil realização as etapas. O Código simplesmente disciplinou de forma cogente como se realiza reconhecimento validamente no país.

Aury já denunciou o cenário, tratando como perigosa essa informalidade de questionar ao acusado durante a audiência o reconhecimento[146]:

> Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida

---

145 GRECO Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227.

146 LOPES Jr., Aury. Ob. Cit. p. 496.

> e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consistem em fazer "reconhecimentos informais", admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

No campo do reconhecimento, comum também é a apresentação de fotografia ou imagem de rede social de determinado acusado para a vítima como forma de confirmação da autoria. Sobre isso, registra-se que o reconhecimento fotográfico não poderá jamais ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoas. Mesmo a parcela da doutrina[147] que admite a hipótese, não a admite como regra, registrando a excepcionalidade.

Ressalta-se que o reconhecimento é providência probatória por meio da qual alguém, por ter antes conhecido determinada pessoa, poderá aponta-la como responsável pela prática de determinado ato, mas não prevê a lei o reconhecimento fotográfico[148]. Todas as cautelas do artigo 226 do CPP visam dar maior crédito à identificação, sendo grave vício a inobservância das etapas eleitas pelo legislador.

A verdade é que a atividade inventiva do magistrado em matéria de restrição de garantias é diminuta em função do vigor pleno da legalidade constitucionalmente determinada. Disciplinado o procedimento, não há saída constitucionalmente válida para permitir procedimentos ortodoxos e desprovidos de autorização como forma de confirmação do autor de qualquer infração penal.

Grave ainda o caso em exame porque não se está aqui tratando de um ato trivial, mas da confirmação de uma das informações mais relevantes para possibilidade de atribuição da responsabilidade penal, o elo entre os fatos criminosos e o indivíduo apontado como acusado em determinado procedimento ou ação penal, razão pela qual são absolutamente injustificadas as relativizações operadas tanto em audiências quanto com a apresentação de imagens fotográficas que sem o menor cuidado contribuem para atribuição de responsabilidade penal a inocentes.

O Supremo Tribunal Federal[149] já teve oportunidade de enfrentar o tema apresentado. No caso abaixo, a Defesa alegou a nulidade do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, revertendo uma absolvição realizada pelo juízo de primeiro grau, amparou a condenação de determinado acusado apenas no reconhecimento fotográfico realizado em sede policial:

> Na espécie, o controverso reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação policial seguiu procedimento pouco ortodoxo, não tendo sido confirmado por subsequente reconhecimento pessoal na Polícia – apesar da insistência da Promotoria de Justiça –, nem durante a instrução processual perante a autoridade judicial. Há, inclusive, sérias dúvidas sobre a validade do procedimento realizado durante o inquérito policial, seja pelas con-

---

[147] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Ob. Cit. p.436.

[148] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. Cit. p. 196.

[149] Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 172.606/SP. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. Decisão de 31 de jul. de 2019.

> tradições apresentadas no relatório final da autoridade policial, seja pelo desmentido realizado pela testemunha Jefferson José da Silva, em juízo. [...] O Estado de Direito não tolera meras conjecturas e ilações como fundamento condenatório em ação penal, pois a prova deve ser robusta, consistente, apta e capaz de afastar a odiosa insegurança jurídica, que tornaria inviável a crença nas instituições públicas. A presunção de inocência, em um Estado de Direito, exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. A inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu não possibilita a manutenção de decreto condenatório. Diante do exposto, com base no art. 192, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, CONCEDO A ORDEM DE HABEAS CORPUS para ABSOLVER o paciente, determinando a imediata soltura, com extensão dos efeitos da decisão aos demais corréus na ação penal de origem, ante a identidade de situações jurídicas (art. 580 do CPP), nos termos da decisão de 1ª instância (Ação Penal 0104061-97.2016.8.26.0050 – 23ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo).

A perspectiva acertada do ministro que merece realce é justamente a de informar os procedimentos de apuração com as garantias fundamentais da Constituição Federal. No caso, à luz da presunção de inocência se deu densidade à necessidade de não outorgar validade para procedimentos pouco confiáveis de confirmação de autoria, sobretudo quando realizados fora do contraditório judicial.

É esse o tipo de exercício jurisdicional que deve a Defesa se esmerar em garantir para os acusados nas variadas comarcas e delegacias. Não pode o procedimento legal sucumbir diante de atitudes pragmáticas que podem terminar por dar causa a graves consequências, como exemplos de erros judiciais abundam no país.

III. PROVA TESTEMUNHAL I: A MERA CONFIRMAÇÃO DE DEPOIMENTO PRESTADO EXTRAJUDICIALMENTE COMO UM SIMULACRO DE PROVA: "CONFIRMO, MAS NÃO LEMBRO O QUE"

Com toda a aposta na oralidade que marca o procedimento penal, a prova testemunhal assume papel de absoluto protagonismo, é a mais frequentemente utilizada e, portanto, os cuidados em relação ao seu uso e colheita dispensam maiores apresentações. Ensina a doutrina que todo o depoimento é uma manifestação do conhecimento sobre determinado fato, então há uma preocupação sensível com a fidelidade e qualidade do relato[150].

A importância dessa modalidade de prova influenciou sensivelmente o legislador,

---

[150] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Ob. Cit. p. 412.

que no CPP, a partir do artigo 202, faz uma esquadrinhada e pormenorizada disciplina dos procedimentos necessários para a colheita regular e sem vícios desse tipo de prova.

Uma série de cuidados são impostos para prezar pela boa qualidade e regularidade, destacando-se: a proibição de trazer o depoimento por escrito, ressalvada a leitura breve de apontamentos (artigo 204), a oitiva separada sem o conhecimento sobre o conteúdo dos testemunhos das outras pessoas arroladas (artigo 210), a realização de perguntas de forma direta pelas partes, com a proibição das que induzam a resposta e não tenham relação com a causa (artigo 212), proibição sobre manifestação de impressão pessoal (artigo 213), entre outros cuidados.

Apesar de todo esse cuidado, o depoimento não está livre de defeitos e problemas: a deficiência de memória, invocação de lembranças ilusórias, esquecimento pelo transcurso do tempo, interesses não sabidos pelas partes que leva ao falseamento do discurso, falhas cognitivas de percepção, falhas na linguagem, limitação cognitiva dos próprios juízes, entre outros.

Dessa maneira, a conclusão é de que - apesar do bem engendrado mecanismo procedimental que tende melhorar a qualidade da prova - graves problemas acontecem.

Popularizou-se na rotina forense o hábito de se fazer a colheita do depoimento policial em seguida a uma leitura da narrativa anteriormente apresentada pelo agente extrajudicialmente, com a inicial pergunta "o senhor confirma o depoimento prestado na polícia?". A partir da confirmação que é realizada praticamente na totalidade das vezes, visto que seria absolutamente inesperado que o policial ouvido em sede judicial dissesse qualquer coisa para descredibilizar o próprio trabalho que ele faz na rua, não se realiza uma colheita probatória, mas um simulacro de perguntas que repetem as já feitas extrajudicialmente com o escopo de tornar prova judicial as declarações unilaterais prestadas sem o contraditório.

O hábito sempre foi ilegal. Não faria sentido todo o rol de cuidados que o legislador dedicou à colheita dessa prova para se validar esse tipo de simulação. O contraditório já foi apresentado como garantia constitucional que assegura a participação e também a possibilidade de influência, ou seja, o contraditório está intimamente relacionado com a ideia de paridade de armas, com a existência de forças similares de influência entre os antagonistas processuais[151]. Essa garantia não se realiza quando a Defesa assiste a uma mera transposição de um depoimento extrajudicial para a sala de audiências.

Com o advento da Lei 13.964 (Pacote anticrime), a posição pela ilegalidade do procedimento foi acolhida pelo legislador. Por força do artigo 3º-C, §3º, do CPP, não pode mais o inquérito ser levado aos autos da instrução e, por consequência, para ser realizada a leitura para testemunha. Por consequência óbvia, não pode também o Ministério Público promover a juntada de depoimentos inquisitoriais ou fazer a leitura deles na presença do juiz para indagar ao policial se estão corretos. Deve ele se inteirar do que o depoente informou inicialmente e refazer as perguntas para obter as informações, sem contaminar a imparcialidade do julgador conforme presumiu a lei que aconteceria com o contato com estes elementos informativos. Aguarda-se a ansiada entrada em vigor do dispositivo para afirmação desse importante passo no rumo acusatório do processo penal.

---

[151] FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. Cit. p. 64.

O fato é que o juiz deve permitir às partes a exploração do conhecimento da testemunha a respeito dos fatos, através de perguntas, observando todo o conteúdo para aferir informações e valorar com critérios claros a prova. A doutrina[152] é bem clara no sentido de que a oralidade é uma característica dessa prova, bem como de que a inquirição deve ser feita em contraditório, com a presença das partes e do juiz. Qual seria o sentido legal da regra de proibir a leitura de documentos, ressalvando-se breves apontamentos, para em seguida permitir que o juiz ou o órgão ministerial façam uma leitura de um depoimento escrito para o policial para então lhe perguntar as mesmas coisas que lá já existem. Prática intolerável, naturalizada e ilegal.

A objetividade das perguntas e a indagação sobre fatos é marca inerente à natureza do ato, é preciso testar a memória das testemunhas policiais como se fazem com todas as outras que sentam diante dos juízes espalhados pelas comarcas do país para validamente colher elementos probatórios.

Não se descuida do volume incontável de ocorrências nos grandes centros, nem do prolongamento de instruções que podem levar ao esquecimento por parte daqueles que trabalham no dia a dia da atividade policial dos fatos, mas a observância de garantias legais que preservam a qualidade probatória é condição para realização do dever constitucional do devido processo legal informado sempre pela presunção de inocência. Há mecanismos melhores para tornar mais célere a instrução penal do que suprimir direitos.

A inovação do artigo 3º-C, §3º, do CPP, atende a reclamos que a doutrina mais abalizada há muito faz[153]:

> Não são válidos os depoimentos em que a testemunha simplesmente ratifica as declarações anteriores do inquérito ou prestadas em processo anulado, deixando o juiz, assim, de inquiri-la diretamente sobre os fatos, pois o contato do juiz com a testemunha é fundamental para aferição da força probante de suas palavras, sentindo suas dúvidas e incertezas, esclarecendo suas contradições, constatando suas omissões: colhendo, enfim, a sua impressão pessoal a respeito da pessoa que depõe e sobre o que diz (princípio da imediação).

No mesmo sentido, Aury[154] ensina que a prova testemunhal é regida pelas regras da oralidade e imediatidade, ou seja, deve ser produzida oralmente e em audiência, na frente do juiz que irá julgar, não se podendo aceitar como válida a simples ratificação em juízo das declarações prestadas no inquérito. Aponta o autor ainda precedente importante do Superior Tribunal de Justiça[155], que deveria merecer maior prestígio:

> Processo penal. Habeas corpus. Roubo. [...] Colheita de depoimento. Leitura das declarações prestadas perante a autoridade policial. Ratificação.

---

[152] ___. Ob. Cit. p. 82.

[153] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. Cit. p.192.

[154] LOPES JR. Aury, Ob. Cit. p. 674.

[155] HC 183.696/ES, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012

> Nulidade. Reconhecimento. [...] 2. A produção da prova testemunhal é complexa, envolvendo não só o fornecimento do relato, oral, mas, também, o filtro de credibilidade das informações apresentadas. Assim, não se mostra lícita a mera leitura pelo magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória, para que a testemunha, em seguida, ratifique-a. 3. Ordem concedida para para anular a ação penal a partir da audiência de testemunhas de acusação, a fim de que seja refeita a colheita da prova testemunhal, mediante a regular realização das oitivas, com a efetiva tomada de depoimento, sem a mera reiteração das declarações prestadas perante a autoridade policial.

A decisão é acertada, mas é impossível mensurar a quantidade de condenações que se operam diariamente com a não aplicação do entendimento acima apresentado.

Diante de todo esse cenário, apesar da resistência inquisitorial que torna incerta a aplicação das novas regras, as expectativas se voltam para a entrada em vigor do artigo 3º-C, §3º, do CPP e também do artigo 3º-A, do CPP, que introduz o sistema acusatório na legislação infraconstitucional de forma definitiva, revogando tacitamente todos os dispositivos de matriz inquisitiva.

Essas e outras alterações promovidas pela Lei 13.964 no CPP são há muito reclamadas pela mais abalizada doutrina. Desnudando a necessidade de implementação de um processo penal de matriz acusatória, especialmente oral, são elucidativas as ponderações de Binder[156]:

> *no se deve pensar que la oralidade es um assunto de menor importância. Todo lo contrario. Hasta tal punto que, por lo general, cuando se quiere aludir al modelo de Juicio Republicano se habla de Juicio oral aunque, como dijimos, la oralidade sólo sea el instrumento de um Juicio republicano.*

Em defesa também de um modelo acusatório, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[157] realiza a convocação por mudanças profundas que levem a sério os valores fundantes de um processo penal desapegado do ranço inquisitivo que impregna as práticas cotidianas:

> ninguém duvida – salvo os hipócritas ou os ignorantes -, que a CR agasalhou o sistema acusatório e, por conseguinte, não recepcionou a estrutura que com ela era incompatível, ou seja, a inquisitória. Eis por que os tribunais já deveriam ter declarado a inconstitucionalidade de tudo o que fosse incompatível com a CR, mas não é tarefa simples. Os órgãos jurisdicionais apostam, sem dúvida, que o Congresso Nacional vai fazer a sua parte e, assim, legislar devidamente, no tempo adequado – algo que não acontece. De qualquer forma, uma mudança radical se faz premente e necessária, de modo a tornar o processo penal compatível com a Constituição da República. E tal reforma há de ser, sem dúvida, na direção do sistema

---

[156] BINDER, A. *Iniciación al Proceso Penal Acusatório*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000. p. 111.

[157] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: jouissance*. In: Desafiando a inquisição: ideias e propostas para reforma processual penal no Brasil. Org. Leonel Gonzáles. Centro de Estudios de Justicia de las Américas: Santiago, 2017. p.69.

acusatório/adversarial.

Ou seja, é por dever constitucional e agora também legal que é preciso levar a sério o dever de afirmar o sistema acusatório e o estado de inocência, brecando a naturalização de procedimentos ortodoxos em prejuízo do direito de defesa.

IV. PROVA TESTEMUNHAL II: O PROBLEMA DO *HEARSAY TESTIMONY* (OUVI DIZER)

Como já explorado, a prova testemunhal é em matéria criminal extremamente determinante. Justamente por essa razão, mais um dos problemas envolvendo sua utilização merece ser enfrentado: os depoimentos de "ouvir dizer".

Conforme explica Aury[158], o chamado *hearsay testimony* é a testemunha do 'ouvi dizer', ou seja, aquela pessoa que não viu ou presenciou o fato e tampouco teve contato direto com o que estava ocorrendo, senão que sabe através de alguém, por ter ouvido alguém narrando ou contando o fato. A presença dessa forma de colheita de informações no cotidiano forense é tão grande quanto a insegurança que a acompanha.

Exemplos comuns ocorrem nos crimes de homicídio envolvendo disputas de territórios dominados pelo tráfico, quando familiares das vítimas, justificadamente tentando subsidiar a polícia com informações que possam conduzir ao paradeiro dos responsáveis pelos crimes, narram informações de terceiros não identificados que são levadas à justiça e determinam o nexo de causalidade entre indivíduos e crimes, sem o controle do conteúdo das informações pelo contraditório. Igualmente, policiais não raro imputam a propriedade de determinado material ilícito encontrado em uma localidade a cidadãos a partir de "informações recebidas de pessoas não identificadas".

Nesses e em inúmeros outros casos análogos somente quem é levado a prestar depoimento em juízo são aqueles que recebem a informação de terceiros, testemunhas indiretas.

Não se duvida que na maioria das vezes elas de fato estejam prestando informações recebidas, sem cometer o crime de falso testemunho, o problema é que eles dizem a verdade (receberam a informação), compromissadamente e a partir do crivo do contraditório, já o terceiro que repassou aos depoentes as informações não são identificados e se suprime da defesa a possibilidade de escrutinar indivíduo em juízo, e é esse ato é o mais importante, mas quem verdadeiramente precisa sentar diante do julgador não é ouvido.

Mais grave, não é difícil perceber que aquele que repassa a informação ao familiar da vítima de que determinado indivíduo estava envolvido com um crime pode ter recebido essa informação de outra pessoa, que recebeu de uma pessoa diferente, em uma espiral incontrolável, por fim, podemos imaginar o extremo que o verdadeiro autor do crime termine por disseminar em localidades conflagradas que o autor de um crime de homicídio seja justamente um dos seus rivais. A confusão e a insegurança são reinantes.

O depoimento de ouvir dizer não é ilícito, mas sua utilização é insuficiente para alicerçar um decreto condenatório e nem mesmo para pronunciar alguém. Vetusta

---

[158] LOPES JR., Aury. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-evitada2. Acessado em 27 de ago. de 2019.

doutrina[159] já indicava que não se impõe ao juiz – a partir do livre convencimento motivado – critérios rígidos, fixos e exatos sobre a forma probatória de um testemunho, mas deve o juiz poder avaliar qual a condição da pessoa e sua fidedignidade, se a testemunha foi ela própria que viu o elemento importante para o processo, também se sua fala é constante e firme, coerente, ou se é variável, incerta ou vacilante.

Para permitir tudo isso, o artigo 204 do Código de Processo Penal é expresso de que o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido depor por escrito. Ou seja, se a testemunha não pode ler informações por escrito para apresentar, como admitir então que se dispense a presença de quem detém o conteúdo da informação para se permitir que interposta pessoa leve ao processo como prova elementos relevantes. Gera insegurança e falta de controle.

A prática é reinante deslealdade com a defesa, por isso, insiste-se que os dispositivos infraconstitucionais têm sua interpretação vinculada pela força da Constituição Federal, que no processo penal consagra o Estado de Inocência como matriz reitora fundamental do desenvolvimento regular do processo.

Infelizmente, na seara em comento, a necessidade de se chegar à "conclusão" das investigações e consequentemente responder as pressões pela resposta do Estado pressionam os julgadores para adotar uma mentalidade punitiva que influem na análise.

No mesmo contexto narrado, é difícil crer que um depoimento reduzido por escrito trazendo um álibi para um acusado seja aceito pelo Ministério Público como prova de sua inocência, mas então como então admitir que – mais frágil ainda – informações de pessoas que não são nem identificadas no processo possam continuar a determinar condenações e pronúncias.

Com a prática ora censurada se descuida que a natureza judicial do depoimento testemunhal é de grande importância para sua análise formal, é devido a ela que têm valor todos os critérios de avaliação do conteúdo.

Além disso, o depoimento tem tanto valor probatório quanto mais exata é a percepção dos fatos certificados, assim, é evidente que o testemunho por ciência própria tem um valor probatório superior ao testemunho por ouvir dizer. Insiste-se, o testemunho por ouvir dizer não é propriamente uma prova, a sua diferença para o testemunho por ciência própria dos fatos é grande, este tem valor probatório muito superior e essa diferença precisa ser levada em consideração para a exata avaliação objetiva do testemunho[160].

A questão não passou sem análise por Alexandre Morais de Rosa, que comentando o testemunho por ouvir dizer afirma primeiro para em seguida concluir que a prática deve ser rejeitada em face do devido processo legal substancial[161]:

> Assim, abre-se espaço perigoso para inserção de boatos, fofocas, falsas afirmativas, informações sedutoras e incapazes de gerar convicção adequada.

---

[159] ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.157.

[160] MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. Ed. Campinas: Brookseller, 2005. p. 370.

[161] ROSA, Alexandre Morais da. Ob. Cit. p. 785.

Utiliza-se muito para dizer que o acusado teria confessado a conduta para terceiros, não se sabendo, todavia, quem são essas pessoas. Como o depoente não teve percepção direta dos fatos, subtrai a possibilidade de contraditório e da indagação adequada, porque tudo vira algo flutuante, conhecido superficialmente, sem muita certeza, servindo, todavia, como mecanismo confirmatório em face da dissonância cognitiva.

Percebendo os perigos da prática, há precedentes corretos que devem ser prestigiados, no Superior Tribunal de Justiça[162]:

> Recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia fundamentada exclusivamente em boatos e testemunha de ouvir dizer. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. 1. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, sem exigência, neste momento processual, de prova incontroversa da autoria do delito. Bastam indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime. 2. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo tribunal popular, não se pode admitir, em um estado democrático de direito, a pronúncia baseada, exclusivamente, em testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para submeter alguém a julgamento pelo tribunal popular. 3. A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per sensum alterius impede, em alguns sistemas. Como o norte-americano., o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No Brasil, ainda que não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, "não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta" (helio tornaghi). 4. A primeira etapa do procedimento bifásico do tribunal do júri tem o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (iudicium accusationis) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis, idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (iudicium causae). A instrução preliminar realizada na primeira fase do procedimento do júri, leciona Mendes de Almeida, é indispensável para evitar imputações temerárias e levianas. Ao proteger o inocente, "dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os atos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento ". 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, para reformar o acórdão recorrido de modo a despronunciar os recorrentes nos autos do processo n. 0702.08.432189-3, em trâmite no juízo de direito da vara de crimes contra a pessoa da Comarca de Uberlândia, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia em eventual superveniência de provas.

---

162 Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.674.198; Proc. 2017/0007502-6; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 12/12/2017.

No Supremo Tribunal Federal[163], à luz justamente da presunção de inocência constitucionalmente determinada, em decisão de 2019, já se consignou *que diferentemente do sistema estadunidense, não há uma vedação de admissibilidade de tal elemento no ordenamento brasileiro. Contudo, igualmente inegável que uma declaração de alguém que não presenciou os fatos, mas somente ouviu o relato de outra pessoa, tem menor força probatória do que outras testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo.*

Nesse debate, deve a defesa se esmerar para que condenações com base nesse questionável mecanismo não continuem a se proliferar. A busca por maior eficiência das investigações criminais não pode ocorrer calcada em atribuições de responsabilidade operadas de forma insegura, a partir de testemunhas de ouvir dizer. É incalculável o prejuízo que um indivíduo suporta ao ser acusado de um crime com esse tipo de elemento, não há defesa possível contra o impreciso, a informação distorcida, contra quem não se sabe quem é.

A perspectiva apresentada é uma tentativa de operar conforme Afrânio[164] há muito já defendeu, ou seja, propõe-se extrair da Constituição Federal a estrutura adequada do processo penal brasileiro, com atenção à realidade prática que exige maior eficiência, mas sem descuidar de valores que configuram a própria existência do processo penal e sua missão de limitar o poder punitivo do Estado.

V. A PROBLEMÁTICA DA INVASÃO DE DOMICÍLIO

A realidade brasileira nos aponta para um Estado de garantias relativamente consolidado em áreas mais abastadas das grandes cidades, mas de violações sintomáticas em áreas mais pobres, exemplo emblemático desse preconceito na forma de operar das agências de controle ocorre no hábito de se invadir domicílios em áreas carentes, notadamente nas favelas, sem que o Poder Judiciário ofereça a única resposta constitucionalmente válida para a situação: a nulidade.

Quanto ao direitos violados não há maiores dificuldades, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal é bem claro: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Apesar disso, no dia a dia da labuta nas varas criminais do país, é comum a prisão em flagrante pelo crime do artigo 33 da Lei 11.343 em residências pobres do país sem a expedição da mandados de busca e apreensão pela justiça. De saída deveria causar estranheza o fato dessa prática jamais ter ocorrido nos condomínios fechados de bairros nobres. De toda forma, nas áreas carentes as justificativas são criativas, uma muito comum é a de que a polícia recebeu a informação – sempre de alguém jamais identificado – no sentido de que se praticava o crime de tráfico em determinada residência, informação essa que passa a justificar a entrada imediata na localidade.

Não é difícil concluir que a alegação respalda uma ilegal conduta de não buscar o me-

---

[163] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1.067.392. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=406894. Acessado em 27 de ago. de 2019.

[164] JARDIM, Afrânio Silva. Ob. Cit. p. 317.

canismo legal para efetuar a operação. Recebida uma informação da prática do crime de tráfico de drogas, a polícia deve imediatamente representar ao juiz criminal competente (ainda que plantonista) para a pronta expedição do mandado autorizativo para entrada na localidade observando as formalidades legais. Além da norma constitucional, consubstanciam direitos desrespeitados todos os mecanismos existentes nos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

Todavia, normalizou-se na prática e na jurisprudência o fato de o poder judiciário abrir mão de sua prerrogativa constitucional validando o caminho mais fácil e ilegal, qual seja, aceitar como argumento justificador um suposto estado de flagrância capaz de autorizar a entrada na residência desejada, sem o menor controle de toda a cadeia de produção das provas.

Juan Montero Aroca[165] oferece lição elementar que é sistematicamente inobservada nos casos em comento em que se entrega a autoridade administrativa poderes típicos do órgão jurisdicional:

> *El segundo monopólio se refiere a que el Derecho penal no puede aplicarse, dentro ya del Estado, por órganos del mismo distintos de los jurisdiccionales, los cuales son sus únicos actuadores. [...] el Derecho penal se aplica por los tribunales, pero que éstos han de utilizar necessariamente el médio que es el processo [...] el processo es el mejor instrumento para garantizar tanto la legalidad del resultado final como los derechos del acusado, esse processo há de conformarse según los principios essenciales del mismo, aquéllos que hacen que uma actividad sea processo y no otra cosa.*

O exemplo apresentado não é isolado, a prática também oferece exemplos de prisões realizadas em condições análogas as acima apontadas, em que as forças policiais relatam que os próprios acusados autorizaram a entrada na polícia para realização de prisões e/ ou apreensões. Mais curioso, há casos em que os acusados são presos na rua e, voluntariamente, conduzem as forças policiais às respectivas residências onde então é apreendido o material ilícito e configurado o flagrante do crime.

Não é razoável continuar a se dar crédito a essa prática, que nada mais é do que uma tentativa de driblar a garantia constitucional de inviolabilidade da residência. Escapa do senso comum ordinário que alguém que esteja praticando crime vá convidar as forças policiais para apresentação do material e é incompreensível a boa vontade como se relativizam esses abusos na prática cotidiana.

A busca realizada para prender criminosos, apreender instrumentos utilizados no crime e objetos necessários à prova de infração penal, tudo isso, são espécies elencadas no Código de Processo Penal como fins legítimos para expedição de mandados de busca. Todavia, possuem como autoridade competente para sua expedição justamente a judicial.

O "pacote anticrime" reforçou a necessidade de supervisão jurisdicional da prática em comento, com a criação do juiz de garantias, pela Lei 13.964, sua entrada em vigor irá expressamente transferir ao magistrado que não julgará a ação a competência imediata para supervisionar a investigação e deferir eventual busca e apreensão (artigo 3º-B, XI, *c*,

---

165 AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal*. Valência: Tirant lo blanch, 1997. p. 20.

do CPP).

Dando força e densidade ao figurino constitucional, é importante a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 138.565. Rômulo Moreira[166] comenta o referido caso que deve servir de farol para modificação nas práticas chanceladas jurisprudencialmente:

Em julho de 2016, policiais civis que executavam operação contra o tráfico em Americana (SP) suspeitaram que o réu estaria filmando a ação policial. Com esse argumento, abordaram o homem e, na sequência, sem a existência de mandado judicial, fizeram busca na sua residência, ocasião em que encontraram a droga.

No voto, o Ministro Ricardo Lewandowski "lembrou que um dos princípios mais sagrados da Constituição Federal (artigo 5º, XI) estabelece a casa como asilo inviolável do cidadão. Em casos como esse, os policiais costumam dizer que foram "convidados" a entrar na casa. Evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja vasculhada." Acompanharam o relator os ministros Edson Fachin e Celso de Mello. De acordo com o decano do Supremo Tribunal Federal, "os policiais agiram irritados pelo fato de estarem sendo filmados durante o desenvolvimento da operação: não vivemos em um regime ditatorial onde esse tipo de comportamento do cidadão é proibido." Ainda segundo o ministro Celso de Mello, "a busca sem mandado judicial só seria justificada por uma fundada suspeita da prática de crime, o que não se verificou no caso, revelando assim a ocorrência de flagrante ilicitude que resultou na instauração de persecução criminal, pois ninguém pode ser investigado ou denunciado, processado, e muito menos condenado, com base em provas ilícitas".

O Superior Tribunal de Justiça também vem dando indicativos de que a prática de se atropelar a inviolabilidade domiciliar em busca de pretensa eficiência constitucionalmente inválida precisa cessar. Há entendimento no sentido de que[167]:

> a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar irrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só se justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandato judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

Igualmente, o fundamento da denúncia anônima é absolutamente precário para sustentar sozinho a ação policial, sendo que a denúncia anônima não preenche a exigência de fundadas razões para cumprimento do artigo 240 do Código de Processo Penal.

---

[166] MOREIRA, Rômulo. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-abr-30/romulo-moreira-stf-enfim-acerta-quanto-inviolabilidade-domicilio. Acessado em 20 de ago de 2019.

[167] STJ. RESP 1.558.004/RS. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma. 22 de agosto de 2017.

Neste sentido, em caso da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Corte[168] entendeu que a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais em residências. No caso em comento, a entrada em domicílio dos assistidos ocorreu sem mandado judicial, à noite e com base tão somente em denúncia anônima. Entendendo que a confirmação da denúncia anônima somente ocorreu depois de já configurada a prisão e a consequente ilegalidade na obtenção probatória, pela ausência de outros elementos probatórios válidos, os assistidos foram absolvidos do delito de tráfico de drogas por falta de provas idôneas aptas a alicerçar o decreto condenatório.

Os citados e acertados entendimentos precisam se enraizar no cotidiano das varas criminais espalhadas pelo país, sob pena de se normalizar ainda mais o preconceito na forma de operar das agências de controle.

VI. DOS ELEMENTOS OBTIDOS DIRETAMENTE EM APLICATIVOS DE COMUNICAÇÃO

As transformações da vida, as recentes tecnologias, múltiplos aplicativos, em suma, todas as novas formas do ser humano se relacionar vão trazendo desafios modernos aos membros das carreiras jurídicas. É absolutamente incomum hoje que determinado cidadão não utilize aplicativo de troca de mensagens por meio do celular como ferramenta de exercício tanto da sua vida privada quanto profissional, por vezes, a utilização é ininterrupta ao longo do dia.

Portanto, a esfera íntima da vida dos cidadãos, atualmente, também reside no conteúdo das comunicações realizadas pelos aplicativos diversos à disposição nas principais plataformas, ou seja, estão as comunicações modernas também protegidas pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que declara inviolável a intimidade e a vida privada das pessoas.

Os cuidados com perturbações ilícitas da privacidade há muito animam o debate jurídico. Em 1923, a Suprema Corte americana apreciou o caso Olmstead Vs. EUA, ocasião em que o voto vencido de Brandeis rejeitou as provas obtidas por escutas, aplicando a 4ª 5ª e 14ª Emendas à Constituição (devido processo legal). Recorda Saul Tourinho Leal[169], que nesse histórico julgamento, desde o início do século XX foi colocada a perspectiva de que está protegido o direito de ser deixado em paz, sendo que cada intrusão injustificada por parte do governo sobre a privacidade do indivíduo, qualquer que seja o meio empregado, deve ser considerado uma violação da 14ª Emenda.

Como já aludido, a Constituição brasileira fornece aos indivíduos um poder muito claro de "evitar os demais cidadãos quando se deseja", isto é incontroverso, ainda que também seja pacífico que referido poder não é absoluto, nem salvaguarda para prática de crimes. Tratando, em especial, das comunicações, a Constituição fez a seguinte previsão, no artigo 5º, inciso XII: *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses*

---

[168] Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.524.281 – MG. Rel. Ministro Antonio Sandanha Palheiro. 14 de ago. de 2019.

[169] LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 349.

e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sobre o tema, José Afonso da Silva[170] aponta que:

> Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem a interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para ausos.

Em síntese, há uma proteção rigorosa da intimidade, segredos, toda a vida privada dos cidadãos na troca de comunicações, que somente a partir de decisão judicial pode ser excepcionada em casos com concreta necessidade. A norma constitucional fixa os lindes a serem obrigatoriamente observados para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas: a) a ordem judicial; e b) a existência de lei que estabelece as hipóteses e forma das interceptações[171].

Diante desse arcabouço protetivo, é preciso impedir a expansão de métodos ocultos de investigação que driblam a lógica imposta pelo sistema a pretexto de suposto pragmatismo sempre em desfavor dos investigados.

Um desses métodos que tenta avançar e se inserir ilegalmente na prática das investigações é a entrada, sem autorização judicial, nos celulares de flagranteados no momento da abordagem policial. Ao ser realizada a captura do indivíduo, seu celular é apreendido e então o agente de segurança passa a vasculhar suas comunicações obtendo ilegalmente dados ali armazenados que ele utilizará posteriormente acostando aos autos diretamente ou informando o conteúdo durante o depoimento. A prática é evidentemente ilegal.

Além da sistemática constitucional já brevemente apresentada, também a normativa infraconstitucional protege os cidadãos.

Primeiro destaca-se a lei 9.296 de 1996 que disciplina a investigação telefônica para fins de investigação penal, já no seu artigo 1º indica que todas as interceptações de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, dependerão de ordem do juiz competente. Além disso, todo o procedimento e os requisitos para a interceptação estão previstos na referida lei, inclusive, a inadmissão da interceptação quando a prova puder ser obtida por outro meio. Importa registrar que constitui crime a realização de interceptação de comunicações sem autorização judicial, conforme disposto no artigo 10 dessa mesma norma, ou seja, a violação da intimidade fora da exceção constitucional autorizativa é punida com o que de mais rigor o Estado dispõe para sancionar comportamentos ilícitos.

Não bastasse tudo isso, o marco civil da internet, Lei 12.965 de 2014, confere inviolabilidade e sigilo para todas as comunicações privadas dos usuários da internet que estejam armazenadas, por força do artigo 7º, inciso III, ressalvada também a possibilidade

---

170 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 438.

171 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. Cit. p. 211.

de flexibilização do sigilo apenas por meio de ordem judicial.

A aguardada entrada em vigor do dispositivo 3º-B, do CPP, elimina dúvidas sobre a necessidade de autorização judicial pra se monitorar qualquer fluxo de comunicação dos indivíduos. O inciso XI, alínea *a*, do dispositivo exige autorização judicial para interceptação telefônica, do fluxo de comunicação em sistema de informática e telemática e, ainda, de outras formas de comunicação. Não bastasse, pela alínea *d* e *e*, também o magistrado das garantias precisará autorizar sempre o acesso a informações sigilosas e de quaisquer outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

Por tudo isso, antes mesmo de se precisar valer da Lei 13.964, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre a devassa realizada por policiais em aplicativos de comunicação instalados nos celulares de cidadãos presos em flagrante. No Recurso em Habeas Corpus 51.531, foi firmada orientação muito clara no sentido de que é ilícita a devassa de dados, bem como das conversas de *whatsapp* obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial. Observou o ministro relator, Nefi Cordeiro, que *as conversas mantidas pelo programa whatsapp, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judiciária.*

Essa prática censurada não é isolada, novas modalidades de burlar as regras foram tentadas pelos órgãos de controle envolvendo essa mesma temática. Caso interessante foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça[172], que também já censurou decisão judicial que permitiu acesso irrestrito a mensagens de aplicativos a partir do espelhamento do aplicativo de mensagens *whtasapp*, por meio da página *whatsapp web*. A justiça de Santa Catarina teria autorizado a monitoração de todas as conversas de aplicativo por meio da referida ferramenta, quando acertadamente a Corte proibiu e observou que isso não se trata da modalidade de interceptação das comunicações autorizada excepcionalmente pela legislação. A ementa é elucidativa:

> Inicialmente, cumpre salientar que, ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via *WhatsApp Web* o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma *online*, de interagir diretamente com conversas que estão sendo travadas, de enviar novas mensagens a qualquer contato presente no celular, e de excluir, com total liberdade, e sem deixar vestígios, qualquer mensagem passada, presente ou futura. Insta registrar que, por mais que os atos praticados por servidores públicos gozem de presunção de legitimidade, doutrina e jurisprudência reconhecem que se trata de presunção relativa, que pode ser ilidida por contra-prova apresentada pelo particular. Não é o caso, todavia, do espelhamento: o fato de eventual exclusão

---

172 STJ. RHC 99.735-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018

> de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia *end-to-end*, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica (o que não ocorre em caso de interceptação telefônica, na qual se oportuniza a realização de perícia). Em segundo lugar, ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), o espelhamento via *QR Code* viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*). Em termos técnico-jurídicos, o espelhamento seria melhor qualificado como um tipo híbrido de obtenção de prova consistente, a um só tempo, em interceptação telefônica (quanto às conversas *ex nunc*) e em quebra de sigilo de e-mail (quanto às conversas *ex tunc*). Não há, todavia, ao menos por agora, previsão legal de um tal meio de obtenção de prova híbrido. Por fim, ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, o espelhamento via *QR Code* depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da autoridade policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.

A doutrina também não descuida da mesma preocupação manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento acima apresentado. Não basta uma análise superficial se a produção da prova aconteceu com base em uma decisão judicial ou sem; é preciso também a preservação da possibilidade de se avaliar se a prova foi colhida, analisada e armazenada de maneira adequada, ou seja, a plena possibilidade de se assegurar a integridade dos elementos probatórios. São coisas diversas saber se um determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado e em caso de "avaliável", saber aí sim o valor que o juiz deve atribuir. A primeira atividade é denominada "fiabilidade probatória"[173] e é de interesse fulcral para evitar irregularidades e manipulações com o conteúdo das provas (artigos 158-A e seguintes, do CPP).

VII. CONCLUSÃO

Há uma constante tensão entre a busca por resultados no desenvolvimento das atividades de controle e os direitos e garantias fundamentais, o que dentro do debate democrático é natural. Todavia, nos exemplos examinados, marcos evidentes vêm sendo desconsiderados, fato que não se pode normalizar. Assim, a premissa de que a proteção

---

[173] PRADO, Geraldo. Ob. Cit. p. 88.

constitucional nos temas examinados existe justamente para demarcar os limites de perturbação do Estado na intimidade e liberdade dos cidadãos foi a adotada no presente trabalho.

Defende-se que é preciso prestígio contínuo à força normativa do texto constitucional e à forma existente no Código de Processo Penal. As práticas do sistema de justiça devem ser reverentes ao modelo garantista, sem sucumbir às tentações autoritárias que constantemente ganham fôlego em um país acuado pelo pânico da violência.

O advento da Lei 13.964, em especial com a criação do juiz de garantias, reforça essa preocupação e inclui na legislação infraconstitucional importantes instrumentos de controle judicial dos direitos fundamentais, já passa da hora de vigorar plenamente o sistema protetivo que reforça o modelo acusatório constitucionalmente determinado.

Ao longo do texto se pontuou de forma expressa problemas claros que estão inseridos nas práticas cotidianas das polícias e do sistema de justiça. Não é possível mais tolerar, por exemplo, no reconhecimento de pessoas, que dentro das delegacias espalhadas pelas cidades, nas milhares de varas criminais das comarcas brasileiras, continue-se a atuar como se o artigo 226 do Código de Processo Penal não existisse ou que se entre nas casas de cidadãos pobres sem mandado judicial autorizativo como se a própria carta magna não tivesse exigido o crivo judicial para penetração na propriedade alheia, inclusive nas humildes, por óbvio.

Toda a legislação deve ser interpretada com o princípio inspirador do sistema processual penal que é a presunção de inocência. É justamente também firme nessa matriz principiológica que o legislador cercou de cuidado todos os atos invasivos na vida dos cidadãos, não sendo possível coadunar com o menoscabo que normas expressas recebem na prática, conforme exemplos abundam.

De nada adianta uma Constituição clara acerca dos direitos com uma jurisprudência que dá validade a uma legislação que inconstitucionalmente exige a demonstração comprovada de prejuízos para decretação de uma nulidade chapada. Quando determinado cidadão é condenado, em um processo que transcorreu com o procedimento viciado, seja defeito de observância acerca de regra entabulada na lei maior ou infraconstitucional, o prejuízo é manifesto. Não se tolera no sistema democrático brasileiro determinadas práticas, não se deve exigir do cidadão provas impossíveis de comprovação de prejudicialidade direta, já que a norma protetiva se impõe cogente. Inexiste prejuízo jurídico maior que uma condenação criminal, porque o direito penal é a resposta mais invasiva e violenta que o Estado oferece.

A forma processual possui valor em si, não é meio, protege valores necessários para a vida democrática e isso não se pode perder de perspectiva. A inversão de perspectivas no debate público expõe a defesa como vilã, mas não coloca o problema em termos adequados. A responsabilidade pela declaração de nulidade de um ato é de quem causa o vício, não da defesa que requer o reconhecimento ou do julgador que o declara.

Aquele que tem sua comunicação vasculhada sem observância do procedimento ou sua condenação fincada em uma confirmação de depoimento que se resume a reconhecer a autenticidade de uma assinatura teve o prejuízo presumido pelo constituinte, a forma democrática de persecução foi violada e existe um interesse público em espancar a validade desse ato.

Por tudo isso, em meio a práticas autoritárias, decisões que prestigiam a proteção aos indivíduos devem ser reverberadas e seus fundamentos protegidos. A mudança rumo a um sistema processual penal verdadeiramente acusatório, informado pela presunção de inocência, impõe essa diária e árdua labuta.

X. REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *D a prova no processo penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal*. Valência: Tirant lo blanch, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(RE) forma do Processo Penal. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BINDER, A. *Iniciación al Proceso Penal Acusatório*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: jouissance*. In: Desafiando a inquisição: ideias e propostas para reforma processual penal no Brasil. Org. Leonel Gonzáles. Centro de Estudios de Justicia de las Américas: Santiago, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. Ada Pellgrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Afrânio Silva Jardim, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. Ed. Campinas: Brookseller, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marical Pons, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Floria-

nópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAPÍTULO IV

A ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL – MÚLTIPLAS FUNÇÕES

DIOGO ESTEVES

Mestre e Doutorando em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ). Membro da Banca Examinadora do XXV Concurso para Ingresso na Carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Membro do International Legal Aid Group (ILAG).

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

Mestre e Doutor em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

CAPÍTULO IV – A ASSISTÊNCIA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO PENAL – MÚLTIPLAS FUNÇÕES

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA CRIMINAL

1. INTRODUÇÃO

O art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 elenca as funções institucionais da Defensoria Pública, indicando as principais atribuições legais dos membros da carreira.

Em virtude da constante mutabilidade social e da consequente adequação funcional da Defensoria Pública, as funções institucionais não comportam enumeração taxativa[174]. Dessa forma, a listagem constante do art. 4º da LC nº 80/1994 deve ser considerada meramente exemplificativa, sendo admissível que outras funções sejam atribuídas à Defensoria Pública por intermédio de previsão legal expressa ou por derivação constitucional[175].

De fato, o próprio art. 4º, *caput* da LC nº 80/1994 utiliza o termo *"dentre outras"*, no final do dispositivo, justamente para deixar bem claro que outras funções institucionais poderão ser atribuídas à Defensoria Pública.

O presente texto possui o objetivo de realizar uma breve análise das funções institucionais desempenhadas pelos membros da Defensoria Pública na defesa técnica penal, garantindo ao leitor a amplitude horizontal de conhecimento necessária para a compreensão dos demais capítulos desse livro. Para tanto, as hipóteses de atuação penal serão divididas em quatro esferas distintas: (i) assistência jurídica durante a investigação criminal; (ii) assistência jurídica durante a ação penal; (iii) assistência jurídica durante a execução penal; e (iv) assistência jurídica prestada às vítimas. Por se tratar de artigo destinado à obra coletiva, deixaremos de abordar a polêmica intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* e a inovadora atuação na investigação criminal defensiva, tendo em vista que estes temas emergentes serão objeto de artigos autônomos.

No que tange ao aspecto metodológico, as conclusões teóricas do artigo foram construídas com base em pesquisa bibliográfica e documental, incluindo a normativa internacional de proteção dos Direitos Humanos.

2. ASSISTÊNCIA JURÍDICA DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Segundo prevê expressamente o art. 4º, XIV da LC nº 80/1994, constitui função ins-

---

[174] "As funções institucionais da Defensoria Pública estão listadas, de forma não exaustiva, no art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994. Essa não exaustividade, afirmada literalmente pelo próprio dispositivo legal – que utiliza a expressão 'dentre outras' –, revela-se cara à meta da adequação funcional, permitindo que sejam incorporadas ao programa da Defensoria quaisquer atribuições afinadas com os desígnios da sociedade e da ordem jurídica brasileiras, mesmo que não estejam previamente enumeradas." (SOUSA, José Augusto Garcia de. *Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, 2004, ano XV, n. 19, p. 246)

[175] MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.

titucional dos membros da Defensoria Pública "*acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado*". O dispositivo possui suas bases fundamentais fortemente fincadas na Constituição Federal, que reconhece como direitos fundamentais "**o contraditório e ampla defesa**" (art. 5º, LV), o acompanhamento por advogado durante a prisão (art. 5º, LXIII) e "*a assistência jurídica integral e gratuita*" prestada pela Defensoria Pública (art. 5º, LXXIV c/c art. 134, *caput*).

Em tese, diante da natureza pública e irrenunciável do direito de defesa e da natural condição de vulnerabilidade do acusado frente à persecução criminal estatal, todos os investigados deveriam receber assistência jurídica em sede policial, independentemente de sua condição econômica. No entanto, atualmente nenhuma das Defensorias do país possui estrutura funcional suficiente para permitir a criação de órgãos de atuação com atribuição conexa às Delegacias de Polícia, a fim de garantir o regular acompanhamento das investigações criminais[176].

Com isso, subsiste flagrante iniquidade no que tange ao exercício do direito de defesa na fase pré-processual; enquanto aqueles que possuem condições econômicas de arcar com o pagamento de advogado particular recebem toda a orientação jurídica necessária no momento de prestarem seus depoimentos em sede policial e acompanham cuidadosamente todo o deslinde da investigação, os desprovidos de fortuna enfrentam sozinhos toda a fase inquisitorial e, muitas vezes, sequer são informados do direito constitucional de permanecerem calados.

Como forma de reduzir os efeitos negativos que essa realidade jurídico-social pode gerar sobre o direito fundamental de liberdade do indivíduo, os arts. 306, § 1º, e 289-A, § 4º do CPP determinam que a autoridade policial proceda a imediata comunicação de qualquer prisão cautelar ao órgão de atuação da Defensoria Pública, quando o preso não declinar dados qualificativos de seu advogado[177].

---

[176] Como lembra o professor Sílvio Roberto Mello Moraes, "no Estado do Rio de Janeiro havia sido criado um órgão de atuação, denominado Núcleo de Defesa da Cidadania, que tinha como finalidade assistir aos presos quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, nas Delegacias da Capital, sempre que o mesmo não tivesse advogado, num regime de plantão, funcionando o órgão 24 horas por dia". No entanto, em virtude da carência de investimentos estatais na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, essa iniciativa pioneira acabou sendo suspensa. (MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30)

[177] A necessidade de comunicação da prisão do indiciado à Defensoria Pública se apresenta como um instrumento de segurança e garantia do controle da legalidade da prisão. Contudo, o descumprimento desse comando normativo não enseja a nulidade da prisão em flagrante, por vício de conteúdo formal , uma vez que a comunicação se presta a permitir que aqueles que não possam indicar um advogado no momento de sua prisão possam ter garantida a atuação da Defensoria Pública que formalizará meios para a sua soltura, seja pela formulação de requerimento de liberdade provisória ou relaxamento de prisão, seja pela comunicação aos familiares para providenciarem documentos que embasem a liberdade do indiciado. Logo, a comunicação da prisão em flagrante à Defensoria Pública não se insere como requisito formal do auto, mas apenas como garantia ao indiciado de que sua prisão está sendo informada à profissional habilitado para a formulação de requerimento de soltura, caso o preso não saiba ou não possa indicar advogado de sua confiança. Embora não constitua nulidade, a omissão na comunicação à Defensoria Pública ocasionará falta funcional por parte da autoridade policial, posto que se trata de uma garantia processual do indiciado e um dever do Delegado de Polícia.

Além disso, os membros da Defensoria Pública também atuam nas audiências de custódia, implementadas oficialmente pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, em cumprimento ao Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 5 e 6) [178] e ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York (artigo 9º, 3 e 4) [179].

Não obstante, é importante salientar que a simples comunicação da prisão cautelar e a mera participação nas audiências de custódia não substituem a necessidade de implementação da efetiva assistência jurídica em sede policial. Além de constituir direito do investigado, a participação da defesa técnica durante a fase de inquérito estimula a observância da legalidade e previne a ocorrência infortúnios erros judiciais.

No âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a importância do direito à assistência jurídica durante a fase de investigação policial restou reconhecido durante o julgamento do caso *Salduz v. Turkey* (2008). Por entender que a fase investigativa possui fundamental importância na preparação do processo criminal, já que as evidências obtidas em sede policial são determinantes para a estruturação da acusação a ser formulada perante o judiciário (*Can v. Austria*, 1984), e por considerar que o suspeito preso se encontra em manifesta posição de vulnerabilidade frente aos complexos procedimentos investigatórios, a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu que *"o acesso a um advogado deve ser assegurado a partir do primeiro interrogatório do suspeito pela polícia, a menos que seja demonstrado à luz das circunstâncias particulares de cada caso que existem razões imperiosas para restringir esse direito"* [180].

---

[178] Pacto de San José da Costa Rica. Artigo 7º. "5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa."

[179] Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York. Artigo 9º. "3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal."

[180] *"The Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (see Can v. Austria, nº 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, § 50, Series A nº 96). At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. This right indeed presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the*

2.1. Assistência jurídica na celebração dos acordos de não persecução penal (art. 28-A do CPP)

De acordo com o art. 28-A do CPP (incluído pela Lei nº 13.964/2019), antes do oferecimento da denúncia, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal (ANPP), quando: (i) não restar configurada hipótese de arquivamento do inquérito policial; (ii) tiver o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal; (iii) não for o investigado reincidente e não subsistirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (iv) não tiver o investigado se beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; (v) não for o delito praticado mediante violência ou grave ameaça; (vi) não tiver sido o delito cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; (vii) possuir o delito pena mínima inferior a 4 anos e não for cabível transação penal; (vii) o acordo for necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O ANPP deverá ser formalizado por escrito, sendo firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por advogado particular ou Defensor Público (art. 28-A do CPP). A formalização do acordo sem a obrigatória participação do defensor do acusado acarretará a nulidade do pacto, nos termos do art. 564, III, *c* e IV do CPP.

Conforme anteriormente narrado, entretanto, nenhuma das Defensorias Públicas do país possui atualmente estrutura suficiente para garantir a plena atuação funcional durante a fase pré-processual. Diante desse vazio funcional, subsiste a pergunta: como serão celebrados os ANPPs quando o investigado não possuir condições econômicas de realizar a contratação de advogado particular?

Para solucionar essa questão e garantir que o rolo compressor do processo penal continue sempre seguindo em frente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020, prevendo que o acusado deverá ser notificado para comparecer ao órgão ministerial, acompanhado de advogado ou Defensor Público, sendo certo que seu não comparecimento na data aprazada importará automaticamente na rejeição do acordo (art. 4º, § 1º).

No entanto, por conta da notória lacuna defensorial existente na fase pré-processual, a adoção do procedimento indicado invariavelmente redundará na violação do direito à ampla defesa dos investigados (art. 5º, LV da CRFB) e na limitação de acesso ao direito à assistência jurídica criminal (artigo 14, 3, *d* do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

---

accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (...) Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently "practical and effective", Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6. The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction." (European Court of Human Rights, Salduz vs. Turkey, decision: 27-11-2008)

Políticos[181], da artigo 8, 2, *e* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[182], artigo 45, *i* da Carta da Organização dos Estados Americanos[183]).

Além disso, a fixação de dia e horário para a realização do ANPP, mediante a simples notificação do investigado, acaba esvaziando por via oblíqua o disposto nos arts. 44, I, 89, I e 128, I da LC nº 80/1994, que preveem como prerrogativa dos membros da Defensoria Pública a intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista, em qualquer processo, grau de jurisdição ou instância administrativa.

Portanto, a criação de soluções artificiais e unilateralmente projetadas com foco unicamente no olhar acusatório definitivamente não resolverá o problema da necessidade de assistência jurídica para a celebração dos ANPPs. Enquanto não houver o incremento da cobertura jurídico-assistencial oferecida pela Defensoria Pública, as instituições que integram o sistema de justiça deverão buscar a construção de alternativas conjuntas para que o art. 28-A do CPP seja implementado em conformidade com a Constituição Federal (art. 5º, LV), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, *d*), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8, 2, *e*) e Carta da Organização dos Estados Americanos (artigo 45, *i*).

Após a formalização do ANPP, o acordo deverá ser homologado em audiência, por meio da qual o juiz verificará a voluntariedade do pacto, realizando a oitiva do investigado, obrigatoriamente acompanhado de seu advogado ou Defensor Público (art. 28-A, § 4º do CPP).

2.2. Assistência jurídica aos servidores vinculados aos órgãos de segurança pública (art. 14-A do CPP)

Segundo prevê o art. 14-A do CPP (incluído pela Lei nº 13.964/2019), "*nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados*

---

[181] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 14. "3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo."

[182] Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8. "2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei."

[183] Carta da Organização dos Estados Americanos. "Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: (...) i) Disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos."

no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor".

Embora possua redação longa e especificativa, o dispositivo nada mais faz do que chover no molhado. Afinal, todo e qualquer indiciado pode, em tese, constituir advogado ou Defensor Público no curso da investigação criminal. Portanto, a Lei nº 13.964/2019 não trouxe nenhuma inovação no *caput* do art. 14-A do CPP.

De fato, o caráter inovativo surge nos parágrafos do dispositivo, que preveem a obrigatoriedade de "citação" do investigado acerca da instauração do procedimento investigatório, sendo-lhe franqueado o prazo de até 48 horas, a contar do recebimento da citação, para que constitua advogado ou Defensor Público (art. 14-A, §1º do CPP). Em não havendo a nomeação de defensor, "*a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, também no prazo de 48 horas, indique defensor para a representação do investigado*" (art. 14-A, §2º do CPP).

Importante observar, no entanto, que os órgãos de segurança pública listados no art. 144 da CRFB não possuem atribuição constitucional ou legal para promover a defesa criminal dos seus membros perante o sistema de justiça[184]. Com efeito, resta vedada a criação de setores ou órgãos *interna corporis* destinados à realização da defesa criminal dos agentes das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis, militares e penais. Do mesmo modo, resta vedada a utilização do orçamento público para a contratação de advogados particulares pelos órgãos de segurança pública para promoção da defesa criminal de seus agentes.

---

[184] Constituição Federal. "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. § 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. § 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios."

De acordo com o art. 134 da CRFB c/c art. 4º, § 5º da LC nº 80/1994, o serviço jurídico-assistencial mantido pelo Poder Público deverá ser exercido com exclusividade pela Defensoria Pública, sendo vedada qualquer outra forma de custeio ou fornecimento de assistência jurídica estatal.

Seguindo essa linha de raciocínio, já teve a oportunidade de se manifestar o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da ADI nº 4.163/SP, *in verbis*:

> "É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República." (STF – Pleno – ADI nº 4.163/SP – Relator Min. Cezar Peluso, decisão: 29-02-2012)

Portanto, o art. 14-A, §2º do CPP deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, sendo a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos intimada para ciência e acompanhamento administrativo do inquérito policial. A defesa criminal do investigado, na hipótese de não contratação de advogado particular, deverá ser exercida pela Defensoria Pública, que deverá ser pessoalmente intimada na forma dos arts. 44, I, 89, I e 128, I da LC nº 80/1994[185].

3. ASSISTÊNCIA JURÍDICA DURANTE A AÇÃO PENAL

A atuação da Defensoria Pública durante a fase judicial possui respaldo legal primordialmente no art. 4º, incisos I e V da Lei Complementar nº 80/1994 e no art. 261 do CPP, que materializam o art. 5º, LV e LXXIV c/c art. 134 da Constituição Federal.

---

[185] Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da LE/RS nº 8.865/2006, que previa a obrigação de a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte prestar serviço de assistência judiciária, durante os finais de semana aos necessitados presos em flagrante delito. Além de violar a autonomia universitária (art. 207 da CRFB), a referida lei estadual previa o pagamento de remuneração para o estudante que prestasse assistência judiciária durante o plantão, violando as diretrizes traçadas pela Constituição Federal no que tange à destinação de recursos à Defensoria Pública como Instituição responsável pela prestação da assistência jurídica estatal gratuita. De acordo com o voto proferido pelo relator Min. Dias Toffoli: "O escopo da legislação [LE/RS nº 8.865/2006] é o suprimento parcial da deficiência do poder público em assegurar aos hipossuficientes o direito à assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88) e o amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF/88). Desse modo, ao invés de o Poder Público desempenhar esse dever fundamental por intermédio da Defensoria Pública, a teor do art. 134 da Constituição Federal, procurando, ao máximo, mitigar as deficiências dessa instituição permanente e essencial à Justiça, o legislador potiguar, em substituição, impôs, nos casos de ausência de defensor público constituído, que essa atividade fosse desempenhada por estudantes da universidade estadual, a qual, frise-se, tem por objetivo precípuo as atividades de ensino superior, mas que, aos finais de semana e feriados, passaria a desempenhar, obrigatoriamente, por intermédio de seu corpo de alunos e professores, funções de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes financeiramente. Note-se, inclusive, que essa atividade, conforme dispõe o art. 2º, § 2º, da lei estadual, deve ensejar o pagamento, pelo Poder Executivo, de 'remuneração ao estudante/plantonista'" (STF – Pleno – ADI nº 3792/RN – Relator Min. DIAS TOFFOLI, decisão: 22-09-2016)

De maneira genérica, o art. 4º, I, da LC nº 80/1994 prevê como função institucional dos membros da Defensoria Pública "*prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus*". Por possuir o objetivo de viabilizar aos necessitados o devido acesso à ordem jurídica justa[186], o dispositivo deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo toda e qualquer atividade de orientação jurídica e de defesa dos interesses dos acusados. A atividade de defesa dos necessitados concretiza autêntico mecanismo de proteção jurídica dos direitos fundamentais dos carentes e despossuídos, garantindo a todos os cidadãos – sejam ricos ou pobres – a mesma oportunidade de obter a justiça constitucionalmente prometida pelo Estado.

Também de forma genérica, o art. 4º, V da LC nº80/1994 prevê como função institucional "*exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses*". Em linhas gerais, o dispositivo possui o escopo de viabilizar aos litigantes carentes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CRFB). Desse modo, "*a Lei Complementar nº 132/2009 mantém o compromisso da Instituição com o trabalho do qual se originou a Defensoria Pública, qual seja, o atendimento às necessidades individuais do cidadão nos processos judiciais cíveis ou criminais*" [187].

Por sua vez, o art. 261 do CPP estabelece expressamente que "*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*".

Desse modo, a atuação da Defensoria Pública no âmbito processual penal ocorrerá de forma automática sempre que o réu não realizar a regular constituição de advogado nos autos, independentemente de sua condição econômica ou de sua manifestação de vontade. Segundo expressamente prevê o art. 564, III, *c* do CPP, constitui nulidade a falta de "*nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente*".

A atuação dos Defensores Públicos durante a ação penal, portanto, poderá ocorrer de forma voluntária (representação postulatória voluntária), quando o acusado espontaneamente constituir a Defensoria Pública para o patrocínio da causa, ou de forma compulsória (representação postulatória compulsória), quando o acusado deixar de constituir defensor (advogado ou Defensor Público).

Nos procedimentos ordinário e sumário, após o recebimento da denúncia ou queixa, o juiz deverá determinar a citação do acusado para responder à acusação por escrito, no prazo de dez dias (art. 396 do CPP). Dentro desse prazo o acusado poderá voluntariamente constituir advogado ou Defensor Público para patrocinar a causa.

Caso não seja constituído advogado, ou caso não seja oferecida resposta no prazo legal, o juiz deverá determinar a abertura de vista dos autos para a Defensoria Pública,

---

[186] WATANABE, Kazuo. *Acesso à Ordem Jurídica Justa*, Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

[187] BURGUER, Adriana Fagundes. BALBINOT, Christine. *A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/1994*. In SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 03.

que passará a atuar compulsoriamente na defesa no acusado (art. 396-A, § 2º do CPP).

Todas essas disposições legais e constitucionais materializam as garantias constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo VII, X e XI)[188], do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, *d*)[189], da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8, 2, *e*)[190], da Carta da Organização dos Estados Americanos (artigo 45, *i*)[191], dos Princípios e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal nos Sistema de Justiça Criminal[192] e da da Agenda 2030 da ONU (Objetivo 16.3)[193].

3.1. Cobrança de honorários em face do réu não hipossuficiente

Segundo prevê o art. 263, parágrafo único do CPP, *"o acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz"*.

---

[188] Declaração Universal dos Direitos Humanos. "Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (...) Artigo X. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. Artigo XI, 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa."

[189] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 14. "3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo."

[190] Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8. "2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei."

[191] Carta da Organização dos Estados Americanos. "Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: (...) i) Disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos."

[192] Princípios e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal nos Sistema de Justiça Criminal: "14. Reconociendo que la asistencia judicial es un elemento esencial de un sistema de justicia penal eficaz que se base en la primacía del derecho, así como un fundamento para el disfrute de otros derechos, como el derecho a un juicio justo, y una salvaguardia importante que asegura la equidad fundamental y la confianza pública en el proceso de justicia penal, los Estados deben garantizar el derecho a la asistencia judicial en su sistema jurídico nacional al más alto nivel posible, incluso, cuando sea aplicable, en la constitución. 15. Los Estados deben considerar la prestación de asistencia judicial como un deber y una responsabilidad."

[193] Agenda 2030 da ONU. "16.3. Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos."

No entanto, subsiste atualmente grande controvérsia doutrinária e institucional acerca da possibilidade de fixação de honorários pelo juiz, em virtude do desempenho da defesa compulsória de réu não hipossuficiente no âmbito processual penal.

Segundo Pedro Lyra, o fato de a Defensoria Pública prestar um serviço público indelegável, de índole social e, por consequência, gratuito, afastaria a possibilidade de cobrança de honorários. Em avanço, sustenta ainda que se os serviços públicos devem ser remunerados por meio de taxa quando evidenciado o seu caráter obrigatório, a única contraprestação passível de exigência pela Defensoria Pública seria esta espécie tributária, cuja cobrança dependeria de prévia edição de lei[194]. Logo, não haveria margem normativa para a exigência de honorários no desempenho da função atípica, uma vez que a contraprestação para serviço público oferecido não poderia ser estabelecida por meio de decisão judicial, sob a forma de honorários.

Seguindo a mesma linha de posicionamento, Caio Paiva também constrói argumentação refutando a possibilidade de exigência de honorários pela Defensoria Pública no desempenho de função atípica:

> A teoria do acesso universal contempla a assistência jurídica integral (e gratuita) no processo penal a todos, inclusive aos acusados com condições de contratar advogado, que assumem, aqui, a condição de sujeitos processualmente vulneráveis a quem deve ser reconhecida a imprescindibilidade da defesa técnica. (...)
>
> Filio-me à teoria do acesso universal, concluindo que qualquer cidadão, independentemente da condição financeira, pode ser assistido da Defensoria Pública no processo penal, visto que a CADH não condiciona a imprescindibilidade da defesa técnica à hipossuficiência financeira do acusado. Tal como as demais teorias, porém, a teoria do acesso universal não está livre de críticas, a exemplo da sua potencialidade para prejudicar a qualidade do serviço prestado pela Defensoria Pública, que, para defender o cidadão com condições financeiras, inevitavelmente consumiria um tempo que seria utilizado para a defesa dos pobres. (PAIVA, Caio. *Prática Penal para Defensoria*

---

[194] "Para doutrina majoritária, os serviços públicos uti singuli remunerados podem sê-lo por duas formas: taxa ou tarifa. Os serviços remunerados por meio de taxa seriam aqueles prestados diretamente pelo Estado; enquanto que os serviços remunerados por tarifa seriam os prestados por delegatários (concessionários ou permissionários) de serviços públicos. Assim sendo, deveria o serviço público jurídico-assistencial da Defensoria Pública na função atípica ser remunerado por meio de taxa? Caso afirmativo, em se tratando de espécie tributária, haveria toda uma série de princípios e regras específicos do sistema tributário a serem respeitados para fins de cobrança desta remuneração. Contudo, fato é que inexiste tal previsão seja na legislação federal, seja na distrital, seja na de quaisquer dos Estados-membro da federação. Destarte, por ausência de previsão legal, em um primeiro momento, chegar-se-ia à conclusão de que não haveria espaço para a cobrança, no atual cenário legislativo pátrio, por qualquer serviço prestado pela Defensoria Pública. Todavia, a questão não é de resposta tão simplória. José dos Santos Carvalho Filho afirma que 'nada impede que, em serviços dessa natureza [serviços que são, em regra, gratuitos], possa ser cobrada remuneração (normalmente taxa) de algumas pessoas (...) não consistindo óbice o fato de o órgão ser beneficiário de orçamento público'. Conclusão: para o insigne administrativista, esta forma de cobrança não seria obrigatoriamente uma taxa". (LYRA, Pedro. *Do (não cabimento) da fixação de honorário para a Defensoria Pública*. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/NAO-CABIM-FIX-HONOR-PARA-DPGE.PDF>. Acesso em: 16 jun. 2015)

> *Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139/141)

Em sentido semelhante, Fernanda Mambrini Rudolfo sustenta que a gratuidade do serviço jurídico-assistencial público deve ser estendida a todos, e não apenas aos economicamente hipossuficientes:

> O inciso LXXIV do artigo 5º da Carta Magna determina que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. Não há, contudo, a definição constitucional de quais sejam os recursos que devam ser considerados insuficientes de modo que a assistência jurídica seja integral e gratuita, devendo-se proceder à interpretação que mais se coadune aos demais preceitos. E, nesse sentido, não se pode ignorar que a Carta Magna brasileira primou por uma ampla atuação estatal, de modo a assegurar aos cidadãos a efetividade de seus direitos.
>
> Por conseguinte, os recursos cuja insuficiência deve ser aferida não se restringem aos econômicos, podendo decorrer dos mais diversos fatores (ou seja, conceito amplo de vulnerabilidade).
>
> Assim, a gratuidade e a integralidade da assistência jurídica são direitos de todos aqueles que não dispõem de (quaisquer espécies de) recursos para dirimir determinada questão, não se restringindo aos economicamente hipossuficientes. (RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Precisamos Falar sobre a Defensoria Pública*, Florianópolis: EModara, 2018, p. 29/30)

Na direção oposta a esse entendimento, a Resolução nº 133/2016 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União admite expressamente a fixação de honorários no desempenho da função atípica de defesa no âmbito processual penal:

> Art. 7º da Resolução nº 133/2016 do CSDPU: "Nos processos criminais, se não restar demonstrado que a pessoa natural ou jurídica é necessitada econômica, deverá o Defensor Público provocar o juízo criminal para o arbitramento de honorários, os quais passam a constituir fonte de receita do Fundo de Aparelhamento e Capacitação Profissional da Defensoria Pública da União, na forma do art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal e art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/94".

Do mesmo modo, o art. 9º da Deliberação nº 124/2017 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro prevê que, nos casos de atuação no âmbito penal (processos de conhecimento, cautelar e de execução penal), restando demonstrado que o interessado não se qualifica como economicamente vulnerável, incumbirá ao Defensor Público com atribuição para atuar no processo requerer ao juízo competente a fixação de honorários advocatícios, a serem revertidos em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Ainda no mesmo sentido, o art. 23 da Deliberação nº 19/2014 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Paraná autoriza a cobrança de honorários para os casos de curadoria especial, defesa no processo penal e infracional, além da assistência

na execução penal[195]. No mesmo sentido, a Defensoria Pública de São Paulo também possui norma permissiva de cobrança, estabelecida no art. 4º da Deliberação nº 89/2008 do Conselho Superior[196].

No âmbito doutrinário, Julio Grostein também aponta que o desempenho da defesa técnica pela Defensoria Pública, sem a devida contraprestação do réu não hipossuficiente significaria enriquecimento sem causa:

> Cabe observar que, nesse caso, a intervenção da Defensoria Pública não poderá reverter em enriquecimento ilícito ao acusado não necessitado e que não constituiu advogado. Dessa maneira, caberá ao juiz arbitrar honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública, independentemente de ter sido o acusado condenado ou absolvido." (GROSTEIN, Julio. *Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 92)

A controvérsia sobre o tema se revelou tão insuperável, que a própria Comissão Criminal do CONDEGE acabou sendo obrigada a se abster de aprovar enunciado regulamentando a matéria:

> Enunciado nº 06: "Por se tratar de direito fundamental, a Defensoria Pública deve atuar nos processos criminais, independentemente da condição econômico-financeira do acusado, respeitado, contudo, o direito deste de constituir um defensor de sua confiança. No caso de o acusado não ser pobre, devem ser arbitrados honorários para a instituição" (conclui-se pela aprovação parcial do enunciado, ressalvada a parte final no tocante à fixação dos honorários em favor da instituição, por ser matéria controversa e melhor disciplinada no âmbito interno de cada Defensoria Pública).

Para a adequada resolução científico-jurídica da questão, o primeiro passo a ser dado consiste em definir a natureza jurídica dos honorários percebidos em razão da atuação institucional.

Por uma despesa processual de caráter *sui generis*, não podem os honorários ser enquadrados tecnicamente como tributo. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça[197], o

---

[195] Art. 23 da Deliberação nº 19/2014 do CSDPE-PR: "O exercício da curadoria especial processual, da defesa criminal, a atuação nos feitos relacionados à execução da pena e a atuação nos processos socioeducativos relacionados às Varas da Infância e Juventude não dependem de considerações prévias sobre a situação econômico-financeira do interessado. Parágrafo Único. A atuação nos casos acima de quem não é hipossuficiente não implica a gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados, devendo ser promovida a oportuna cobrança de honorários advocatícios a serem revertidos ao Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública do Estado do Paraná".

[196] Art. 4º da Deliberação nº 89/2008 do CSDPE-SP: "O exercício da defesa criminal não depende de considerações prévias sobre a situação econômico-financeira do interessado. Parágrafo único. O exercício da defesa criminal de quem não é hipossuficiente não implica a gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados, devendo ser promovida a oportuna cobrança de honorários advocatícios, nos termos do artigo 3º, inciso II da Lei Estadual nº 12.793 de 04 de janeiro de 2008".

[197] STJ – REsp 1.152.218-RS – Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07-05-2014.

Supremo Tribunal Federal[198] e o novo Código de Processo Civil (art. 85, § 14) definem os honorários (de sucumbência) como uma verba de natureza alimentar.

No caso da Defensoria Pública, não é possível enxergar a natureza alimentar dos honorários de sucumbência ou daqueles percebidos em decorrência de sua atuação, visto que estas verbas são destinadas, exclusivamente, à instituição, e não a seus membros, por força da determinação constante do art. 4º, XXI da LC nº 80/1994.

Por essa razão, essa verba assume uma nova natureza jurídica, e assim podemos defini-la como uma modalidade de ingresso público de natureza extraorçamentária[199], por constituir valor que ingressa nos cofres de instituição de natureza pública, em caráter ocasional e fora da previsão orçamentária.

Diante desta natureza de verba pública extraorçamentária, haveria espaço para seu arbitramento no processo penal? Sabemos que a estrutura da ação penal pública não admite a fixação de honorários de sucumbência, pouco importando o resultado da causa, uma vez que o interesse do Estado é o de ver apurada a ocorrência da conduta delituosa e não a obtenção de um título executivo.

No plano processual, o tema da fixação de honorários é objeto do parágrafo único do art. 263 do CPP, ao determinar que o acusado que não for pobre seja obrigado a pagar os honorários do defensor dativo (que não se confunde com o Defensor Público), mediante arbitramento do Juiz.

Portanto, o dever de remuneração da Defensoria Pública está calcado no desempenho de uma função institucional atípica, de caráter obrigatório, em favor de quem não é hipossuficiente. O que se pretende é evitar o enriquecimento indevido daquele que possui condições de pagar um profissional (leia-se advogado), mas utiliza os serviços da Defensoria Pública[200] por alguma das hipóteses previstas no ordenamento jurídico.

Esta faculdade de agir não é encontrada, por exemplo, quando o acusado se encontra foragido e são realizados atos urgentes com a participação da Defensoria Pública; ou quando o acusado está preso e encontra dificuldades naturais para o exercício de sua defesa. Nessas duas situações, há uma vulnerabilidade circunstancial que torna compulsória a atuação da Defensoria Pública e afasta o direito à percepção dos honorários.

A cobrança deve incidir apenas quando restar caracterizada a possibilidade de

---

[198] STF – RE 470407/DF, Relator Min. Marco Aurélio, 09-05-2006.

[199] "Receita extraorçamentária, como o próprio nome está a indicar, é aquela que se encontra fora do orçamento e que, por isso mesmo, para sua movimentação (entrada e saída de dinheiro) não exige prévia autorização legislativa". (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39)

[200] A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, em autêntica invasão à autonomia da Defensoria Pública, foi mais incisiva a ponto de recomendar aos seus membros que "pugnem pela atuação da Defensoria Pública da União nos estritos casos em que a Constituição Federal permite, somente concordando com tal atuação nas hipóteses em que estiver caracterizada a insuficiência de recursos do defendido, nos termos do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. A garantia da defesa técnica nos casos de abandono ou retirada da defesa constituída, em que o réu não for pobre, deverá ser feita por defensor dativo, a ser remunerado pelo defendido, observado o disposto no artigo 263, do Código de Processo Penal". (MPF – 2ª CCR – Voto nº 2713/2011 – Procedimento MPF nº 1.00.000.006882/2011-22 – Relatora MÔNICA NICIDA GARCIA)

escolha de um profissional para defesa e, ainda assim, permanecer o acusado inerte ou mesmo desejoso da atuação institucional, situação tradicionalmente verificada no caso de réus soltos.

Acresça-se que o resultado do julgamento da ação penal é irrelevante para fins de arbitramento de honorários. O que se remunera é o exercício da defesa. A título ilustrativo, a percepção de honorários não é um tema tão obscuro no processo penal, tanto que na ação penal privada, por exemplo, a jurisprudência do STF e STJ admite a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, sempre que houver apreciação do mérito com a consequente extinção da punibilidade[201].

Por todas essas razões, admitimos o arbitramento de honorários na função atípica de defesa no processo penal dentro dos parâmetros aqui colocados, sob risco de verdadeiro enriquecimento ilícito do acusado que permanece inerte na seleção de sua defesa técnica por espontânea vontade. No direito comparado, essa situação também adota o mesmo rumo, como vemos do art. 369-bis do CPP italiano, que determina a remuneração do defensor de ofício quando o acusado tiver condições econômicas[202] e não constituir um defensor de confiança.

O art. 263 de nosso Código de Processo Penal pode ser aplicado por analogia ou com fundamento na regra de extensão dos arts. 44, XIII, 89, XIII, e 128, XIII da LC nº 80/1994 que assegura aos membros da Defensoria Pública o mesmo tratamento jurídico atribuído às demais funções essenciais à justiça, de modo a reforçar a possibilidade de percepção dos honorários.

3.2. Curadoria especial: distinção em relação à assistência jurídica

A atuação da curadoria especial não se confunde com a representação postulatória (voluntária ou compulsória) do acusado.

A curadoria especial possui caráter eminentemente protetivo, sendo destinada a assegurar a tutela dos interesses daquele cuja peculiar condição de vulnerabilidade poderia impedi-lo de ter plena ciência acerca do processo ou de exercer adequadamente a defesa de seus direitos em juízo.

Apesar da semelhança vocabular, a curadoria especial não possui qualquer relação com a tutela e curatela previstas no ordenamento substantivo civil. A curadoria especial

---

201 "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS INCABÍVEIS. 1. A despeito do entendimento adotado por este Sodalício, de que o vencido, na ação penal privada, deve ser condenado em honorários sucumbenciais, verifica-se que esta não é a situação dos autos. 2. *In casu*, não houve a apreciação do mérito da demanda tendo em vista a extinção da punibilidade do querelado pela decadência à propositura de queixa-crime. Assim, não há o que se falar em parte vencida e em condenação do querelante ao pagamento de honorários advocatícios, por inexistir sucumbência na espécie. 3. Agravo regimental improvido". (STJ – AgRg no REsp: 927743 RS 2007/0034526-0, Relator Min. JORGE MUSSI, j. 30-10-2008, T5 – Quinta Turma, *DJe* 24-11-2008)

202 Art. 369-*bis*. "Informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa. d) l'indicazione dell'obbligo di retribuire il difensore d'ufficio ove non sussistano le condizioni per accedere al beneficio di cui alla lettera e) e l'avvertimento che, in caso di insolvenza, si procederà ad esecuzione forzata;"

constitui instituto de direito processual, sendo voltada para o processo e dotada de finalidade específica que, uma vez exaurida, esgota automaticamente a função do curador; já a tutela e a curatela, previstas no Código Civil, constituem figura de direito material, sendo direcionadas à regência de pessoas e bens[203].

Em virtude de sua elementar importância no modelo processual brasileiro, o exercício da curadoria especial restou atribuído à Defensoria Pública, como função institucional atípica e exclusiva (art. 72, parágrafo único, do CPC/2015 c/c o art. 4º, XVI, da LC nº 80/1994)[204].

Por se tratar de função institucional atípica, a intervenção da curadoria especial não exige a prévia comprovação da incapacidade financeira do sujeito, bastando que reste concretamente configurada a hipótese interventiva abstratamente prevista em lei para que seja desencadeada a atuação funcional da Defensoria Pública.

A exclusividade desta atuação, por sua vez, decorre diretamente do art. 4º, XVI, da Lei Complementar nº 80/1994, que incumbe a Defensoria Pública de "*exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei*". Inovando em relação à legislação processual anterior, o novo Código de Processo Civil reafirmou a privatividade desta função institucional, prevendo expressamente que "*a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei*" (art. 72, parágrafo único do CPC/2015).

Dessa forma, a função de curador especial deverá ser desempenhada exclusivamente pela Defensoria Pública, sendo apenas admissível a nomeação de advogado dativo[205] para o cargo nas hipóteses excepcionais em que não houver Defensoria Pública estruturada para o exercício da função ou quando estiver o Defensor Público natural impedido de atuar como curador e não houver Defensor Público tabelar para substituí-lo[206].

---

[203] Essa distinção elementar restou, inclusive, reconhecida pelo Conselho Superior da Defensoria Pública da União, que editou a Resolução nº 133, de 07 de dezembro de 2017, prevendo: "A função institucional de curadoria especial possui natureza exclusivamente processual, não abrangendo as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material" (art. 5º).

[204] "A função institucional é privativa da Defensoria Pública e atípica, já que independe da condição econômica do destinatário da atuação da instituição." (MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Assistência Jurídica e Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 51)

[205] "Nas localidades em que ainda não houver Defensoria Pública devidamente instalada, a curadoria especial recairá sobre advogado idôneo. Não há necessidade de o curador ser advogado, mas, como para praticar atos do processo é necessária a capacidade postulatória, não faz sentido prático que a nomeação recaia sobre outra pessoa que terá que contratar profissional habilitado." (GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coordenação Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 127). Em sentido contrário, entendendo que somente bacharel em direito pode ser curador especial: ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

[206] "A curadoria especial no processo civil é função institucional da Defensoria Pública, seja na justiça federal (comum ou especial), seja na justiça estadual. A lei nada ressalvou quanto a essa função institucional da Defensoria Pública, de sorte que ela é atípica e exclusiva dos Defensores Públicos. A curadoria especial foi cometida à Defensoria Pública pela LDP 4º XVI, norma de caráter geral e aplicável aos Estados por força da CF 134 § 1º e LDP 2º III e 97 ss. (...) O Defensor Público é, pois, o curador especial padrão desde a edição da LDP. Caso não haja Defensor Público na comarca, o juiz deverá investir advogado nessa função do curador. (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 380/381)

A primeira hipótese de atuação da curadoria especial no âmbito processual penal se encontra prevista no art. 262 do CPP, segundo o qual *"ao acusado menor dar-se-á curador"*. Todavia, com o advento do Código Civil de 2002 e a consequente redução da capacidade civil para 18 anos, o dispositivo acabou perdendo aplicabilidade e se tornando letra morta[207].

Como segunda hipótese, o Código de Processo Penal indica a necessidade de atuação da curadoria especial quando subsistir dúvida acerca da integridade mental do acusado ou condenado (arts. 149, § 2º, 151, 759 e 775, V e VI do CPP), que deverá ser elucidada por intermédio da instauração do incidente de insanidade mental, seja na fase de inquérito policial, no curso da ação penal ou já na fase de execução da condenação.

Como subsiste dúvida da capacidade mental do acusado, se afigura necessário assegurar sua devida representação nos autos do incidente, de modo a suprir a ausência de legitimidade *ad processum*. Em princípio, essa representação deve seguir a regra do art. 1.775 do CC/2002, sendo exercida pelo cônjuge, companheiro, pai ou mãe e, em último caso, pelos descendentes ou por outra pessoa livremente indicada pelo juiz. Somente diante da ausência dos representantes indicados pela legislação civil, deverá o juiz determinar a intimação da Defensoria Pública para que exerça a função de curador especial nos autos do incidente de insanidade mental.

Não obstante a praxe forense revele graves omissões na condução do incidente de insanidade mental por parte dos peritos, o propósito do Código de Processo Penal é aferir a incapacidade mental ao tempo da conduta delituosa e no momento presente, de modo a permitir a continuidade da ação penal, ante a regra de suspensão prevista no art. 152 do CPP.

Podemos então, visualizar três situações distintas, como bem destaca Norberto Avena[208], que tomarão rumos diversos tanto em relação ao seguimento da Ação Penal quanto à natureza da atuação da Defensoria Pública:

> (i) **incapacidade do autor do fato no momento do cometimento da conduta e no momento da ação penal**: hipótese versada no art. 151 do CPP, sendo determinado que o processo tenha seu curso retomado com o exame do mérito e consequente absolvição imprópria (plena inimputabilidade) ou incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único do Código Penal (semi-imputabilidade), justificando-se a necessidade de representação por meio de curador civil, sendo possível à Defensoria Pública patrocinar a defesa técnica deste acusado, em razão da função

---

[207] "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. INTERROGATÓRIO. MENOR DE 21 ANOS. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. MAIORIDADE. I – A ausência de curador no interrogatório judicial configurava, no entendimento desta Corte, nulidade relativa, que só poderia ser reconhecida com a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa. II – No entanto, o novo Código Civil estabeleceu que a maioridade é adquirida aos 18 (dezoito) anos. Assim, tendo em vista a inafastável repercussão desta alteração legislativa no processo penal, não há mais que se exigir a presença de curador no interrogatório de acusado menor de 21 (vinte e um) anos. Recurso especial provido." (STJ – Quinta Turma – REsp nº 799.493/SP – Relator Min. FELIX FISCHER, decisão: 14-06-2007)

[208] AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*, São Paulo: Método, 2012, p. 419.

atípica de defesa no Processo Penal. Ausente o curador civil, a Defensoria Pública atuará no feito na qualidade de curador especial, promovendo a representação do inimputável ou semi-imputável e realizando a defesa, até que haja a cessação do estado de incapacidade ou algum dos legitimados para a curatela civil compareça, caso em que o acusado ou seu novo representante deverá se manifestar sobre a nomeação de profissional encarregado da defesa ou permanecer sob o pálio da Defensoria Pública, que passará a desempenhar a função atípica de defesa no processo penal.

(ii) **capacidade do autor do fato no momento do cometimento da conduta e incapacidade no momento da ação penal**: neste caso, aplica-se a regra prevista no art. 152 do CPP, devendo ser determinada a continuidade da suspensão da ação penal até que o autor do delito se restabeleça, fluindo normalmente o prazo prescricional. Apesar de ser plenamente capaz no momento da infração penal, o Código de Processo Penal entende que a parte incapaz não pode ser submetida à jurisdição criminal, com a possibilidade de condenação. A única hipótese admitida pela lei em que o incapaz pode resistir à pretensão penal é a do tópico antecedente que culminará em absolvição e consequente aplicação da medida de segurança. Eventual ilegalidade advinda da suspensão do processo (*v.g.*, determinação de restrição cautelar por interpretação restritiva do art. 319, VII do CPP) poderá ser combatida pela Defensoria Pública, no desempenho da ampla defesa do incapaz.

(iii) **capacidade do autor do fato no momento da conduta e da ação penal**: constatando-se que o acusado não é incapaz, o mesmo estará sujeito ao exame do mérito do fato delituoso e por gozar de legitimidade *ad processum*, será desnecessária a nomeação de curador civil para acompanhá-lo. No entanto, considerando a defesa técnica no Processo Penal como direito indisponível, ainda que a parte não seja incapaz, subsistirá ao acusado o direito a um profissional encarregado de sua defesa, mediante a atuação da Defensoria Pública, em razão da função atípica.

De todas essas hipóteses, é ponto comum que, na atuação da curadoria especial na ação penal, a Defensoria Pública também desempenha, em caráter subsidiário, a função atípica de defesa no processo penal. Assim, ainda que em momento posterior, haja a cessação da incapacidade ou a regularização da legitimidade *ad processum*, através da nomeação do curador civil será possível continuação da defesa técnica exercida pela DP, independentemente da condição econômica da parte, bastando apenas oportunizar ao acusado o direito à escolha do profissional.

Essa situação é específica do processo penal, uma vez que no Código de Processo Civil, cessada a hipótese de atuação da curadoria especial, a Defensoria Pública somente continuará atuando se verificada a vulnerabilidade da parte ou se incidente outra hipótese de atuação atípica.

Por fim, como terceira hipótese, que na verdade constitui flagrante equívoco, o Código de Processo Penal indica a necessidade de atuação de "curador" na revisão criminal, prevendo no art. 631: "*quando, no curso da revisão, falecer a pessoa, cuja condenação tiver de ser revista, o presidente do tribunal nomeará curador para a defesa*".

Nesse caso, a nomeação de curador restringe-se aos legitimados previstos no art. 623

do CPP (cônjuge, ascendente, descendente e irmão), devendo o feito ser suspenso até que um deles promova a adequada habilitação. Essa interpretação parte da premissa de que a legitimação para a revisão criminal prevista no Código de Processo Penal pertence ao próprio apenado e, no caso de seu falecimento, àqueles indicados no art. 623 do CPP.

Caso o falecido não possua nenhum dos legitimados para representá-lo no processo, a Defensoria Pública poderá atuar como legitimado extraordinário, dando continuidade à defesa na revisão criminal, em razão do dever previsto nos arts. 45, VII, 90, VII e 129, VII, da LC nº 80/1994. Essa atuação, no entanto, não se confunde com o desempenho da curadoria, haja vista que a atuação do curador especial no polo ativo ocorre unicamente nas hipóteses de incapacidade civil; como a morte constitui hipótese de cessação da pessoa natural (art. 6º do CC/2002), não subsiste incapacidade ensejadora da representação pela curadoria especial. Nesse caso, a Defensoria Pública assume a revisão criminal em curso em razão de obrigação estabelecida em seu regime jurídico, traçando verdadeiro paralelo com a legitimação conferida por parte da doutrina ao Ministério Público para ajuizar a referida ação autônoma de impugnação[209].

4. ASSISTÊNCIA JURÍDICA DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

De acordo com o art. 38 do Código Penal, "*o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral*" [210]. Sendo assim, o recolhimento ao cárcere não despoja o indivíduo da proteção legal conferida pelo ordenamento jurídico, conservando o detento todos os direitos fundamentais não atingidos pela privação da liberdade.

Realizando a previsão exemplificativa dos direitos dos presos, o art. 41 da Lei nº 7.210/1984 estabelece:

> Art. 41 da LEP: Constituem direitos do preso:
>
> I – alimentação suficiente e vestuário;
>
> II – atribuição de trabalho e sua remuneração;
>
> III – Previdência Social;
>
> IV – constituição de pecúlio;
>
> V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
>
> VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
>
> VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
>
> VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

---

[209] "Na medida em que se faculta ao promotor de justiça opinar no sentido da absolvição do acusado (art. 385 do CPP), bem como impetrar habeas corpus em seu favor, cremos que nada lhe impede, também o ingresso de revisão criminal visando os fins previstos no art. 626 do CPP (absolver o réu, anular o processo, desclassificar a infração ou reduzir a pena)." (AVENA, Norberto. Op. cit., p. 1.276/1.277)

[210] Com redação semelhante, o art. 3º da Lei nº 7.210/1984 prevê que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei".

> IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado;
>
> X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
>
> XI – chamamento nominal;
>
> XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
>
> XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
>
> XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
>
> XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;
>
> XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

No entanto, a efetividade dos direitos fundamentais assegurados aos presos depende da existência de agentes, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas migrem do plano meramente abstrato para o campo das ações concretas.

Para tanto, o art. 4º, XVII da LC nº 80/1994 (incluído pela LC nº 132/2009) prevê como função institucional da Defensoria Pública *"atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais"*.

Por intermédio dessa previsão legal, o legislador pretendeu garantir o respeito à dignidade do preso, protegendo seus direitos fundamentais contra as tradicionais arbitrariedades e os recorrentes abusos cometidos no sistema prisional.

Importante observar, nesse ponto, que a atuação funcional da Defensoria Pública na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados possui base universal, sendo exercida em favor de todos aqueles que se encontrem recolhidos em estabelecimentos policiais, penitenciários ou de internação de adolescentes.

Por essa razão, o desempenho dessa função institucional não depende de qualquer consideração acerca da hipossuficiência econômica do preso, devendo a Defensoria Pública atuar de maneira atípica também em favor dos financeiramente abastados[211].

Além disso, a contratação de advogado no curso do processo criminal não impede que a Defensoria Pública atue na proteção dos direitos fundamentais do detento, prevenindo e coibindo a prática de abusos por parte da administração carcerária.

Nesse ponto, devemos notar a existência de clara diferenciação entre a atuação processual defensiva durante o curso da ação penal, e a atuação fiscalizatória protetiva exercida no interior dos estabelecimentos prisionais. No primeiro caso, a intervenção da Defensoria Pública possui caráter individual e apenas restará autorizada quando o acusado não realizar a regular constituição de advogado nos autos do processo – ressalvada a legitimação ampla para o manejo do *habeas corpus*. Na segunda hipótese, a

---

[211] Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 320.

atuação institucional possui natureza eminentemente fiscalizatória e se encontra direcionada indistintamente para todos os indivíduos que estejam recolhidos ao cárcere, garantindo a perpetuidade incondicional do Estado de Direito dentro sistema prisional[212].

Para assegurar o adequado desempenho dessa função institucional, os arts. 44, VII, 89, VII e 128, VI da LC nº 80/1994 asseguram ao Defenssor Público o "*livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento*" [213]. Com isso, restaram abstratamente eliminadas todas as barreiras espaciais e temporais eventualmente impostas à adequada fiscalização do sistema prisional, reafirmando a intolerância do abditivo e a inadmissibilidade das práticas clandestinas.

Outrossim, o art. 4º, § 11 da LC nº 80/1994 determina que os estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes deverão reservar "*instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos*".

Além disso, com a edição da Lei nº 12.313/2010, a Defensoria Pública ganhou seu merecido espaço no processo de execução penal. Pela redação do novo art. 81-A da Lei de Execução Penal, caberá à Defensoria Pública velar pela regular execução da pena e da medida de segurança[214], oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Para o exercício de suas funções a Defensoria Pública poderá requerer, nos termos do art. 81-B, inciso I, da Lei de Execução Penal:

> a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;
>
> b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo fa-

---

[212] "A interpretação do ordenamento positivo, que é uno, demonstra que há diferença entre a atribuição de defesa do acusado em processo criminal (execução penal, inclusive) e a defesa dos direitos fundamentais assegurados aos presos; esta tem caráter amplo, não se limitando aos presos que tenham seus interesses processuais (rectius: em autos de ação penal) defendidos pela Instituição, alcançando, pois, todos os presos, inclusive aqueles cujas defesas criminais não são patrocinadas pela Defensoria Pública." (BUTTER, Roberto Duarte. Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7, pág. 187 – emissão do parecer: 09-11-1992)

[213] De maneira complementar, o art. 28 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro prevê que "incorre em falta grave, punível na forma da lei, o responsável por qualquer órgão público, seu preposto ou agente, que impeça ou dificulte, sob qualquer pretexto, a verificação imediata das condições da permanência, alojamento e segurança para os que estejam sob guarda do Estado, por parlamentares federais ou estaduais, autoridades judiciárias, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, representantes credenciados da Ordem dos Advogados do Brasil, ou quaisquer outras autoridades, instituições ou pessoas com tal prerrogativa por força da lei ou de sua função".

[214] "De observar, demais disso, que a atuação da Defensoria Pública no sistema prisional corresponde a um poder-dever institucional, na medida em que compete a mesma velar pela regular execução da pena e da medida de segurança. Para tanto, poderá ingressar com medidas judiciais de caráter individual ou coletivo." (SILVA, Paulo Maycon Costa da. *Defensoria Pública: da Justiça aos Direitos Humanos*, Curitiba: Juruá, 2015, p. 198)

vorecer o condenado;

c) a declaração de extinção da punibilidade;

d) a unificação de penas;

e) a detração e remição da pena;

f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto;

i) a autorização de saídas temporárias;

j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

l) a remoção do condenado.

Caberá ainda ao Defensor Público em exercício na Execução Penal: (i) requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir; (ii) interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução; (iii) representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; (iv) visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; (v) requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Por fim, estabelece o novo regramento legal que a Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio, de modo a verificar e fiscalizar se os direitos dos presos estão sendo regularmente cumpridos.

5. ASSISTÊNCIA JURÍDICA PRESTADA ÀS VÍTIMAS

Segundo estabelece o art. 4º, XVIII, da LC nº 80/1994, constitui função institucional da Defensoria Pública "*atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas*".

A intenção primordial do dispositivo é garantir o amparo jurídico das vítimas, visando preservar as liberdades públicas e democráticas, controlar e afastar os atos de barbárie e possibilitar a identificação dos torturadores[215].

Como muito bem observam Adriana Fagundes Burguer e Christine Balbinot, "essa

[215] Segundo Sérgio Luís de Holanda Soares Araújo, "a vítima, após sofrer ataques e violações à sua integridade física e psíquica ou ataques a outros direitos e bens que lhe são caros, se vê exposta e insegura, possivelmente com necessidade de amparo e de assistência médica, psicológica, social e jurídica, haja visto encontrar-se em situação de vulnerabilidade ainda não vivenciada". Justamente por isso, "diante do cenário de vulneração ocasionado pela criminalidade, cabe à Defensoria Pública se fazer presente também para prestar assistência às suas vítimas". (ARAÚJO, Sergio Luís de Holanda Soares. *A Vítima da Criminalidade e Abuso de Poder e a Missão Constitucional da Defensoria Pública*, São Paulo – Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2015, p. 159/183)

atividade assume importância, primeiro, porque recupera a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, apagando a sensação de impunidade e inoperância do Estado para com a satisfação das suas necessidades. E mais, promove a paz social na medida em que os assistidos passam a confiar em que o Estado pode operar em seu favor (e não apenas contra eles), afastando a necessidade da vingança privada" [216].

Como o dispositivo não cogita da necessidade de aferição da condição econômica da vítima, a atuação da Defensoria Pública na preservação e reparação dos direitos violados pela prática de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência deve ser considerada função institucional eminentemente atípica[217]. Na hipótese, a atuação da Defensoria Pública é desencadeada pela vulnerabilidade decorrente da vitimização, seguindo os ditames das 100 Regras de Brasília (Regras nº 10 e nº 11) [218].

Além disso, a atuação da Defensoria Pública na efetiva concretização da proteção jurídica contra a violação dos direitos das vítimas materializa previsão constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo VII e VIII) [219], no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 2º, 3) [220], na Carta da Organização dos Estados

---

[216] BURGUER, Adriana Fagundes. BALBINOT, Christine. *A Nova Dimensão da Defensoria Pública a partir das Alterações Introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/1994*, in SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 07.

[217] Nesse sentido: OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *A Valorização Institucional da Defensoria Pública com o Advento da Lei Complementar nº 132/2009*, in SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 197.

[218] 100 Regras de Brasília. Regra nº 10: "Para efeitos das presentes Regras, considera-se *vítima* toda a pessoa física que tenha sofrido um dano ocasionado por uma infração penal, incluída tanto a lesão física ou psíquica, como o sofrimento moral e o prejuízo econômico. O termo vítima também poderá incluir, se for o caso, a família imediata ou as pessoas que estão a cargo da vítima direta." Regra nº 11: "Considera-se *em condição de vulnerabilidade* aquela vítima do delito que tenha uma relevante limitação para evitar ou mitigar os danos e prejuízos derivados da infração penal ou do seu contato com o sistema de justiça, ou para enfrentar os riscos de sofrer uma nova vitimização. A vulnerabilidade pode proceder das suas próprias características pessoais ou das circunstâncias da infração penal. Destacam para estes efeitos, entre outras vítimas, as pessoas menores de idade, as vítimas de violência doméstica ou intra-familiar, as vítimas de delitos sexuais, os adultos maiores, assim como os familiares de vítimas de morte violenta."

[219] Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo VII. "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação." Artigo VIII. "Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei."

[220] Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 2º. "3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetra por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial."

Americanos (artigo 45, *i*) [221], na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 25)[222] e nos Princípios e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal nos Sistema de Justiça Criminal (Princípio 4) [223].

Outrossim, no que tange especificamente à atuação na proteção dos direitos da mulher vítima de violência doméstica, a atuação da Defensoria Pública concretiza a proteção jurídica conferida pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Artigos 4 e 6) [224].

5.1. Da inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do CPP

De acordo com o art. 68 do CPP, o Ministério Público possui legitimidade para promover a ação civil *ex delicto* e a execução da sentença condenatória quando o titular do direito à reparação for pobre. À primeira vista, o dispositivo do Código de Processo Penal parece ser incompatível com a Constituição Federal flagrantemente, haja vista que o art. 134 da CRFB atribui expressamente à Defensoria Pública a orientação jurídica e defesa dos necessitados.

Entretanto, não podemos nos olvidar que em diversas comarcas ainda não foram criados ou implantados órgãos da Defensoria Pública e, diante de tal realidade, não poderia o constituinte denegar a assistência jurídica aos necessitados.

Ao enfrentar a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que enquanto pendente a criação da Defensoria Pública, o art. 68 do CPP terá validade no ordenamento jurídico, estando o *parquet* da respectiva unidade federada legitimado para a propositura das

---

[221] Carta da Organização dos Estados Americanos. "Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: (...) i) Disposições adequadas a fim de que todas as pessoas tenham a devida assistência legal para fazer valer seus direitos."

[222] Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 25. "1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: (...) b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial."

[223] Princípios e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal nos Sistema de Justiça Criminal: "24. *Sin perjuicio ni contradicción de los derechos del acusado, los Estados deben, cuando sea el caso, prestar asistencia judicial a las víctimas de delitos.*"

[224] Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. "Artigo 4. Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: (...) g) direito a acesso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos. (...) Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros: (...) f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes."

ações previstas no dispositivo. Todavia, onde houver Defensoria Pública regularmente instalada falecerá ao Ministério Público a atribuição para o ajuizamento da ação civil *ex delicto. In verbis*:

> LEGITIMIDADE. AÇÃO "EX DELICTO". MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFENSORIA PÚBLICA. ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA. VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS. SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria-Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (STF – Pleno – Re nº 135.328/SP – Relator Min. MARCO AURÉLIO, decisão: 29-06-1994)

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça aplicou esse entendimento em relação à hipótese de ação civil pública *ex delito* proposta pelo Ministério Público em favor de menores carentes, reconhecendo a ilegitimidade ativa do *parquet* diante da existência de Defensoria Pública regularmente instalada na localidade:

> **Legitimidade extraordinária do Ministério Público. Ação civil *ex delicto* em favor de menores carentes. Existência de Defensoria Pública.**
>
> O reconhecimento da ilegitimidade ativa do Ministério Público para, na qualidade de substituto processual de menores carentes, propor ação civil pública *ex delicto*, sem a anterior intimação da Defensoria Pública para tomar ciência da ação e, sendo o caso, assumir o polo ativo da demanda, configura violação ao art. 68 do CPP.
>
> A controvérsia dos autos restringiu-se à legitimidade do Ministério Público para, na qualidade de substituto processual, ajuizar ação civil reparatória de danos advindos de conduta criminosa (ação civil ex delicto), nos termos do art. 68 do CPP, em favor de pessoas carentes. Perfilhando a orientação traçada pelo Excelso Pretório, que consagrou a tese da inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do CPP, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que o Ministério Público somente tem legitimidade para propor ação civil ex delicto em favor de pessoas pobres nas hipóteses em que a Defensoria Pública não estiver organizada no respectivo ente da Federação.

> No caso dos autos, as instâncias ordinárias asseveraram expressamente que, no momento da propositura da ação, a Defensoria Pública já havia sido instituída e organizada no respectivo Estado. Assim, considerando que o art. 68 do CPP teve reconhecida pelo STF sua inconstitucionalidade progressiva, na medida em que a Defensoria Pública fosse devidamente instalada em todo o País, é forçoso concluir que o reconhecimento da ilegitimidade ativa do d. Parquet, sem a anterior intimação da Defensoria Pública para tomar ciência da ação e, sendo o caso, assumir o polo ativo da ação civil ex delicto, configura violação do art. 68 do CPP. (STJ – Quarta Turma – REsp nº 888.081-MG – Relator Min. Raul Araújo, decisão: 15-09-2016/ Informativo nº 592)

6. CONCLUSÃO

A atuação da Defensoria Pública no âmbito criminal possui o inegável propósito de assegurar o acesso igualitário à ordem jurídica justa, garantindo que os investigados tenham seus direitos preservados durante a fase de inquérito, que os acusados possam exercer plenamente sua defesa durante a fase da ação penal e que os condenados conservem os direitos não atingidos pela sentença, além de garantir amparo jurídico-assistencial das vítimas.

Embora a plena atuação da Defensoria Pública em todas as comarcas e durante todas as fases da persecução penal ainda seja uma realidade distante, as recentes modificações no Código de Processo Penal promovidas pela Lei nº 13.964/2019 evidenciam a necessidade de aprimoramentos na cobertura jurídico-assistencial na seara penal (especialmente durante a fase pré-processual).

Para aqueles que surfam na onda punitivista desencadeada pelo sentimento nacional de insegurança e pelas elevadas taxas de criminalidade do país, a aplicação de recursos estatais no aprimoramento da defesa técnica definitivamente não consta da pauta de prioridades orçamentárias. No entanto, embora esse tipo de investimento não seja a opção política mais fácil e popular no momento, a experiência demonstra que a participação da defesa técnica durante todas as fases da persecução penal estimula o aprimoramento da qualidade do procedimento de investigação, previne a ocorrência de erros judiciais e evita que as sanções aplicadas se estendam além do estabelecido na sentença ou se desviem para o campo da violação dos direitos humanos.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

ALVIM, José Manoel Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARAÚJO, Sergio Luís de Holanda Soares. *A Vítima da Criminalidade e Abuso de Poder e a Missão Constitucional da Defensoria Pública*, São Paulo – Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2015.

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*, São Paulo: Método, 2012.

BURGUER, Adriana Fagundes. BALBINOT, Christine. *A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/1994*. In SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BUTTER, Roberto Duarte. Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7, pág. 187 – emissão do parecer: 09-11-1992.

GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coordenação Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GROSTEIN, Julio. *Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2014.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LYRA, Pedro. *Do (não cabimento) da fixação de honorário para a Defensoria Pública*. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/dpge/site/Upload/NAO-CABIM-FIX-HONOR-PARA-DPGE.PDF>. Acesso em: 16 jun. 2015.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Assistência Jurídica e Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *A Valorização Institucional da Defensoria Pública com o Advento da Lei Complementar nº 132/2009*, in SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAIVA, Caio. *Prática Penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Precisamos Falar sobre a Defensoria Pública*, Florianópolis: EModara, 2018.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. *Defensoria Pública: da Justiça aos Direitos Humanos*, Curitiba: Juruá, 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia de. *Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, 2004, ano XV, n. 19.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Ordem Jurídica Justa*, Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CAPÍTULO V

CUSTOS VULNERABILIS NO PROCESSO PENAL

MAURILIO CASAS MAIA

Doutor em Direito Constitucional e Ciências Políticas (UNIFOR) e Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-graduado lato senso em "Direitos Civil e Processual Civil" e em "Direito Público: Constitucional e Adminis- trativo". Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/ UFAM) e Defensor Público (AM). Colunista no site Empório do Direito. Ex-advogado privado e ex-assistente jurídico de desembargador (TJ-AM).

CAPÍTULO V – *CUSTOS VULNERABILIS* NO PROCESSO PENAL

NOVAS INTERVENÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA: *CUSTOS VULNERABILIS* E O EXCEPCIONAL *AMICUS COMMUNITATIS* NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

I. INTRODUÇÃO[225]

Na era dos precedentes e do "copia-e-cola-decisório" (e petitório), importa sobrelevar o direito de *influenciar* os julgadores na formação de precedentes que afetarão um número quase infindável de pessoas. Isso aliás, mesmo em se tratando dos precedentes emanados por um juiz singular quanto aos processos de sua unidade jurisdicional. Nesse contexto, o problema da *sub-representação* dos necessitados na formação de precedentes penais se tornava uma mera extensão do déficit de participação dos vulneráveis na edição de leis. Arraigando ainda mais a desigualdade, ao Ministério Público, *dominus litis* constitucional, há tempos é possível a controversa *dupla participação institucional-mininsterial*: a manifestação como parte (ou recorrente) e também na posição de terceiro interveniente, *custos legis* – promovendo, de certo modo, um *doping processual*[226] dos seus interesses institucionais na formação da jurisprudência[227].

No cenário acima descrito, a preocupação de José Augusto Garcia de Souza[228], Caio Paiva e Tiago Fensterseifer[229] com a sub-representação de determinados interesses – no

---

[225] O presente artigo é um escrito especialmente dedicado aos amigos Esteves & Roger, por terem sido os primeiros na exposição de reflexão crítica, sempre elegante e respeitosa, ao *custos vulnerabilis* (CV). Do mesmo modo, ao DPG-AM, Rafael Barbosa, o primeiro a conduzir debate na condição de "CV" em um Tribunal da federação (TJ-AM), e ao DPG-RJ, Rodrigo Pacheco, atento à temática, na pessoa de quem homenageio os defensores públicos da instituição que, historicamente, é uma das maiores inspirações para a DP interveniente por direitos dos vulneráveis: DP-RJ.

[226] ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5ª ed. Florianópolis: Editora EMais, 2019.

[227] "DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL PENAL. OITIVAS DO "CUSTOS LEGIS" (MINISTÉRIO PÚBLICO) E DO "CUSTOS VULNERABILIS" (DEFENSORIA PÚBLICA). DEMOCRACIA INSTITUCIONAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA. IGUAL ESSENCIALIDADE. MISSÕES CONSTITUCIONAIS DISTINTAS. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. (...) DECISÃO RECORRIDA COM LASTRO EM DIVERSOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NÃO RECORRIDOS, TAIS COMO OS IMPACTOS DA INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA, LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL, AMPLIFICAÇÃO DA DEMOCRACIA NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES, REEQUILÍBRIO PROCESSUAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES ESTIMULADOS POR ÓRGÃOS PÚBLICOS E *DOPING PROCESSUAL*.. (...)". .(TJ-AM, Ag. Reg. em Rev. Crim. n. 0003697-80.2019.8.04.0000, Rel. Des. Anselmo Chíxaro, Câmaras Reunidas; j. 25/9/2019).

[228] "O que deveria realmente preocupar os críticos da legitimidade da Defensoria, já o dissemos, não é a esporádica superposição de atribuições entre os legitimados, mas sim a dramática sub-representação de interesses coletivos vitais que se vê, corriqueiramente, em nosso país de dimensões continentais." (SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *I Relatório Nacional de atuações coletivas da Defensoria Pública*: Um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do Sistema de Justiça. Brasília: ANADEP, 2013, p. 113).

[229] "A atenção de todos os atores do nosso Sistema de Justiça deveria estar voltada à 'sub-representa-

caso, o interesse dos vulneráveis –, encontra um forte sentido que, conforme se verá, terá na intervenção *custos vulnerabilis*[230], ou mesmo no *amicus communitatis, canais compensadores*, nas mais diversas áreas e ramos do Direito, como acontece com as vulnerabilidades decorrentes do encarceramento, na qual a guarda emancipatória dos vulneráveis em razão do cárcere recebeu a alcunha específica de *custos libertatis*, por Caio Paiva[231], de certo modo tratando de uma *identidade setorial* do *custos vulnerabilis* na Execução Penal.

Desde sua criação em 2014[232], a expressão *custos vulnerabilis* vem sendo citada na literatura jurídica e em decisões judiciais, como ocorreu recentemente na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse contexto, a boa técnica recomenda zelo e cuidado para se evitar a sobreposição desnecessária de institutos de modo atécnico com a figura do *custos vulnerabilis* ou do "amigo da comunidade". Nessa senda, o presente estudo pretende lançar algumas luzes iniciais sobre novas intervenções da Defensoria Pública no Direito Processual Penal, tais como o *custos vulnerabilis* penal (*in favor defensionis*) e o residual cabimento do *amicus communtatis* (*in favor victimae*).

Por certo, o presente estudo é somente um esforço inicial de estimular os debates com a comunidade jurídico-acadêmica do Brasil. Contudo, fica também o alerta sobre risco, sempre presente dentro e fora da Defensoria Pública, de se tentar ler o "novo" com o "pensar envelhecido", tentando imputar a fórceps as antigas e tradicionais figuras processuais aos novos fenômenos decorrentes desse órgão ímpar em potencialidades processuais que é a Defensoria Pública brasileira.

II. UM BREVE HISTÓRICO

Em termos práticos, falar-se em *intervenção de terceiro* da Defensoria Pública antes de 2009 não era nada comum. Entretanto, tal intervenção ocorria. O exemplo mais comum (e antigo) da intervenção institucional da Defensoria Pública em prol dos direitos humanos no Processo Penal seria a *manifestação defensorial* nas quais o defensor público se negava a atuar como "representante postulatório" do acusado, em razão do direito humano à escolha do advogado de confiança não ter sido viabilizado ou por ter sido ignorada a existência de advogado constituído nos autos com indevida remessa dos autos ao defensor público. Com efeito, as manifestações em prol do referido direito humano não caracterizam pura negativa de atendimento, mas, ao contrário, o reconhecimento de *interesse institucional-defensorial* na satisfação de um interesse jurídico de um acusado não representado pelo "Estado Defensor" – trata-se da atuação institucional em favor do

---

ção' de determinados interesses e direitos, sobretudo de indivíduos e grupos sociais necessitados". (PAIVA, Caio. FENSTERSEIFER, Tiago. *Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2019, p. 190).

[230] Sobre o tema, verificar também o recém-lançado livro escrito quase concomitantemente com o presente artigo, a quem se remete o leitor para detalhamentos: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. ROCHA, Jorge Bheron. CASAS MAIA, Maurilio. *Custos Vulnerabilis*: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

[231] PAIVA, Caio. Prática Penal para a Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 323-325.

[232] CASAS MAIA, Maurilio. *Custos Vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, nº 417, jun. 2014, p. 55-57.

direito humano[233] à escolha do causídico de confiança, do advogado natural[234].

Sem embargo do uso muitas vezes desnecessário[235] do latim[236], a expressão *custos vulnerabilis* foi uma "licença pedagógica" cunhada em 2014[237], a qual se amolda[238] à atualização, à releitura da missão e dos poderes processuais da Defensoria pública como *órgão autônomo*, a fim de explicitar as *distinções e proximidades*[239] da atuação institucional da Defensoria Pública em relação ao Ministério Público, a fim de torná-la *inconfundível* com a missão-função de *custos legis* e, também, sinalizar a paridade de armas institucionais na efetivação das respectivas missões constitucionais.

Em verdade, a intervenção processual penal de *custos vulnerabilis* é inspirada na visão ferrajoliana[240] das funções da Defensoria Pública, tendo sido admitida inclusive em revisões criminais[241], em ações civis públicas[242], em ações possessórias

---

[233] *Convenção Interamericana de Direitos Humanos* (CADH), "Art. 8º. Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor *de sua escolha* e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor". (g.n.)

[234] Para outros estudos: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no Processo Penal Brasileiro. In: LIMA, Marcellus Polastri. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988: Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 227-243; CASAS MAIA, Maurilio. Os princípios do Advogado natural e do Defensor Natural. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, p. 56-59, vol. 123, Nov.-Dez. 2016.

[235] Embora possa existir algo de "estranho" no uso do latim para ser academicamente didático, tal técnica didática não é algo tão inesperado no cenário jurídico brasileiro, como se faz, por exemplo, para explicitar a missão do Ministério Público pela sintetizadora expressão *custos legis* (ou *custos Iuris*) – o que para alguns seria apenas uma "embalagem de marketing institucional", para outros é técnica facilitadora da aprendizagem. Com efeito, a Defensoria Pública merece tanto quanto outra instituição do Sistema de Justiça ser exposta didaticamente aos acadêmicos e profissionais. Para verificar aportes críticos ao uso do termo latim, vide: AZEVEDO, Júlio Camargo. *Manual de Prática Cível para a Defensoria Pública*. 2ª ed,. Belo Horizonte: CEI, 2019, p. 340-341.

[236] O que não é incomum quando se trata do esforço didático com as atribuições da Defensoria Pública, como: "*custos plebis*" (C. Zufelato); "*custos libertatis*" (C. Paiva), Amicus Communitas (D. Gerhard) e; "*custos humanos*" (Esteves e Roger).

[237] CASAS MAIA, Maurilio. *Custos Vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, nº 417, jun. 2014, p. 55-57.

[238] CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Direito de defesa nos conflitos fundiários*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 316.

[239] CASAS MAIA, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

[240] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537.

[241] TJ-AM, Ag. Reg. em Rev. Crim. n. 0003697-80.2019.8.04.0000, Rel. Des. Anselmo Chíxaro, Câmaras Reunidas; j. 25/9/2019.

[242] TJSP; Agr. de Inst. n. 2086149-38.2018.8.26.0000; Rel. Ricardo Feitosa, 4ª Câmara de Direito Público, j. 30/7/2018.

multitudinárias[243] e em recurso repetitivo[244] no STJ.

Normativamente, desde 2010[245], a então recém positivada função de órgão de execução penal ofertou especial arcabouço legal para a intervenção da Defensoria Pública. Dito de outra forma, os estudos que reconhecem a possibilidade de atuação do membro da Defensoria Pública mesmo quando os apenados possuíam advogados constituídos, podem ser vistos também como germes do que se denominou, em 2014, de *custos vulnerabilis* no Processo Penal[246]. Mas não é só. A LC n. 132/2009, ao indicar a possibilidade de atuação defensorial em favor de "*outros grupos sociais vulneráveis*", também viabilizou tal intervenção *custos vulnerabilis* ao se reconhecer implicitamente a vulnerabilidade dos encarcerados e acusados no Processo Penal, bem como por vincular a Defensoria Pública a toda sorte de segmentos sociais vulneráveis merecedores de proteção estatal (LC n. 80/1994, art. 4º, XI[247]).

A bem da verdade, a *ausência de delimitação* da forma de atuação processual da Defensoria Pública na Constituição, bem como a possibilidade jurídica de se interpretar amplamente o termo necessitado[248] – como avalizado no Processo Coletivo pelo STF (ADI n. 3943 e RE-Rg n. 733.433) e STJ (EREsp n. 1192477) –, também viabilizavam, desde a promulgação da Constituição de 1988, os debates acerca da atuação interventiva da Defensoria Pública. Entretanto, o crescimento dos estudos sobre a intervenção defensorial realmente somente ocorreram com a legitimação expressa da Defensoria Pública como órgão de execução penal, com o novo Código de Processo Civil (NCPC) e com o crescimento do acolhimento do termo *custos vulnerabilis* entre membros da Defensoria Pública e no âmbito judicial – embora não se vincule estritamente a tais contextos.

Noutro passo, a utilização do *método de interpretação histórica*[249] auxilia e reforça a

---

[243] TJPR - 17ª C.Cível - AI - 1733658-2, Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin, J. 1.8.2018, DJe 10/8/2018.

[244] STJ, EDcl no REsp 1712163/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2.ª SEÇÃO, j. 25/9/2019, DJe 27/9/2019.

[245] Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), "Art. 61. São órgãos da execução penal: VIII - a Defensoria Pública." (Incluído pela Lei nº 12.313/ 2010).

[246] Sobre a função de *custos vulnerabilis* na Execução Penal, vide: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. CASAS MAIA, Maurilio. O Garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na Execução Penal: *Custos vulnerabilis*? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 152, p. 173-209, Fev.-2019.

[247] LC n. 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;"

[248] Há tempos a doutrina alerta que a atuação defensorial em prol dos vulneráveis não está presa, necessariamente, ao sentido econômico da expressão: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 319, g.n..

[249] CASAS MAIA, Maurilio. A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88: Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. In: ROCHA, Bheron. CASAS MAIA, Maurilio. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Autonomia e Defensoria Pública*: aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 57-78; CASAS MAIA, Maurilio. O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo: defensorias municipais? O caso da ADPF 279. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 987, p. 127-158, Jan. 2018.

possibilidade de atuação interventiva da Defensoria Pública, principalmente em razão de os defensores públicos terem surgido como órgão de *procuratura de justiça*, ao lado dos remotos promotores públicos na Procuradoria Geral de Justiça do antigo estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual n. 2.188, de 21.7.1954. Desse modo, a *origem igualitária* também remete à necessidade da *paridade de armas* entre a procuratura de justiça por acusação (Ministério Público) e por defesa pública (Defensoria Pública), mormente quando se pensa em *formação de precedentes* na atualidade.

III. O PENSAMENTO JURÍDICO EUROPEU E O *CUSTOS VULNERABILIS*

O cargo de defensor público nascido no antigo Rio de Janeiro em 1954, inserindo o agente defensorial como órgão da Procuradoria de Justiça ao lado dos antigos promotores públicos, é uma das bases para se pensar a *essencialidade constitucional* da Defensoria Pública ao Sistema de Justiça constitucional brasileiro. Naquela ocasião, iniciava-se a lógica igualitária entre a Procuratura de Justiça por "acusação pública" e da Procuratura de Justiça por "defesa pública", a qual mais tarde permitiria a fixação constitucional, a partir de 1988, de instituições distintas, com diferentes missões igualmente legítimas, ambas com forte atuação na esfera penal e, mais tarde, também na esfera coletiva[250].

A partir da lógica da paridade de poderes processuais e extraprocessuais entre o "Estado Acusador" e "Estado Defensor" no Direito Processual Penal, vem então o debate sobre a Defensoria Pública como "terceiro interveniente", o qual, surgindo, como *custos vulnerabilis*, vem lastreado[251] na doutrina estrangeira[252] de Luigi Ferrajoli, Francesco Carrara, Filangieri e Benthan.

O primeiro ponto a destacar é que o interesse defensivo é tão *interesse público primário*[253] e da *sociedade*[254] quanto os interesses da acusação – como é perceptível nas

---

[250] Sobre a legitimidade coletiva da Defensoria Pública, vide: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos: Teoria e Prática*. Salvador: Jus Podivm, 2016; ROCHA, Bheron. *Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2017; FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública*: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados. São Paulo: Saraiva/IDP, 2015.

[251] "Para além do atuar como assistente jurídico da parte no processo, hoje se reflete sobre novas atribuições defensoriais implicitamente previstas na Constituição. Nesse contexo, *verbi gratia*, o defensor público poderá ser instado a atuar enquanto *custos vulnerabilis*, não sendo aí defensor da parte, mas, sim, um *interveniente processual*, um tutor, um guardião da interpretação do ordenamento jurídico *pro homine*, pró-vulneráveis necessitados, tudo em busca contra-hegemônica do *favor debilis* para os necessitados e minorias excluídas". (CASAS MAIA, Maurilio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014,p. 57, g.n.).

[252] Ressaltou-se naquela ocasião: "Como ditou Luigi Ferrajoli (2014, p. 537), bem fundamentado em ninguém menos que Filangieri, Bentham e Carrara, o interesse na tutela da inocência e na produção de contraprovas à culpabilidade não é menos interesse público que o interesse de punir os culpados." (CASAS MAIA, Maurilio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 58).

[253] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537.

[254] CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Vol. II. Tradução Ricardo Rodrigues

exposições de Francesco Carrara e Luigi Ferrajoli. Com efeito, a posição dos referidos autores é importantíssima para amenizar os efeitos de discursos nocivos de um *coletivismo punitivo* diminuidor de direitos fundamentais daqueles processados pelo Estado. Em outras palavras, a figura do *custos vulnerabilis*, como agente público, deve servir ao *enfraquecimento* do discurso da superioridade dos interesses do Estado sobre os interesses legítimos do cidadão, porquanto a Defensoria Pública interveniente passa a atuar como *contrapoder*[255]-[256] processual penal, uma *metagarantia* dos direitos fundamentais do cidadão face às agências estatais de punição.

O segundo ponto acerca da influência europeia naquilo que se convencionou chamar de *custos vulnerabilis* como terceiro interveniente defensorial, é que Luigi Ferrajoli[257] apontava tal função denominando-a de *atividade complementar*, na qual o defensor público atua em prol do interesse público-defensivo *harmonicamente* com o advogado e seu cliente. No mesmo espírito, Francesco Carrara[258] (1805-1888) aponta que o "advogado dos pobres" deveria ter poderes para além do representante a fim de exercer vigilância em prol da inocência e da defesa, permanentemente buscando conter abusos acusatórios.

Corretamente captando a influência europeia na autonomia de atuação da Defensoria Pública, Franklyn Roger[259] aponta a possibilidade de a Defensoria Pública apoiar a *investigação defensiva* em prol não somente dos seus assistidos, mas também da advocacia e seus clientes. Desse modo, evitando qualquer nomenclatura específica, Roger aponta a Defensoria Pública como "*órgão de suporte defensivo*" e também busca esteio em Benthan, Filangieri, Carrara, Ferrajoli e Lucchini para tanto. Embora com lógica mais ampla na dicção do autor[260], entende-se tal pensamento como harmônico com a ideia da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*.

Assim, não obstante o constituinte brasileiro tenha evitado chamar a Defensoria Pública de "Ministério Público de Defesa", como fez a Argentina[261] e como imagina

---

Gama. Capinas: LZN, 2002, p. 458.

[255] Conforme Amilton Bueno de Carvalho em: <http://emporiododireito.com.br/defensoria-publica--entre-o-velho-e-o-novo-por-amilton/>. Acesso em: 14 fev. 2017.

[256] Oliveira, Alfredo Emanuel Farias de Oliveira. O que é Defensoria Pública? Qual é a sua Identidade? Concepções tangenciais da Hermenêutica Fenomenológica. In: Casas Maia, *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. [Coleção Biblioteca do Estado Defensor, v. 1].

[257] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537.

[258] CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Vol. II. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Capinas: LZN, 2002, p. 347-348.

[259] SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 436-452.

[260] "Com uma perspectiva mais ampla e independente de qualquer nomenclatura, pode a Defensoria Pública amparar aos imputados no Processo Penal que enfrentem uma deficiência na sua atividade probatória. Teríamos aqui um papel complementar da Defensoria Pública (...) pautada na vulnerabilidade processual do acusado". (SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 451).

[261] Na Argentina, os defensores públicos integram o *Ministerio Público de la Defensa*: <https://www.mpd.gov.ar/>.

Ferrajoli[262], a nomenclatura adotada no Brasil não afasta a necessidade de *paridade* entre Estado Acusador e Estado Defensor, muito menos afastaria a *origem* comum na Procuratura de Justiça do Rio de Janeiro (1954). Desse modo, a intervenção *custos vulnerabilis* é não somente uma consequência de uma *interpretação histórica* ou da incidência do princípio da igualdade, como também é, de certo modo, resultado da influência de grandes penalistas europeus no *modelo brasileiro de defesa pública.*

IV. UM CONCEITO POSSÍVEL

Em *sentido constitucional e amplo,* o termo *custos vulnerabilis* é, primeiro lugar, uma *legitimidade institucional* autônoma da Defensoria Pública viabilizadora da busca da efetivação do *interesse público primário* (ou *institucional-finalístico*[263]), decorrente de sua missão constitucional-legislativa. Assim, é a partir de tal legitimação que a Defensoria Pública poderá intervir, em nome próprio e em prol de sua finalidade institucional, em processos judiciais, buscando beneficiar juridicamente categorias vulneráveis em seus legítimos interesses.

Noutro passo, buscando *sentido mais estrito e técnico-processual, custos vulnerabilis* é uma intervenção de terceiro exclusiva da Defensoria Pública, de lastro constitucional e legal, autônoma e institucional (em nome próprio), pela qual a Defensoria Pública buscará efetivar seus interesses públicos finalísticos, primários, em prol da efetividade de sua missão constitucional em favor dos vulneráveis.

Ainda conceitualmente, pode-se afirmar que, frenquentemente, a expressão *custos vulnerabilis* vem sendo empregada em dois sentidos: (1) de *missão constitucional,* em sentido amplo, situação na qual Bheron Rocha[264] prefere utilizer o termo *amicus vulnerabilis,* como um termo "guarda-chuva", abrangendo as demais formas de atuação; (2) de *intervenção processual* (de terceiro), quando a Defensoria Pública intervem em processos no qual não é parte originariamente – sentido majoritariamente empregado no presente texto. Portanto, no contexto exposto, *custos vulnerabilis* designa a missão-função da Defensoria Pública.

Sobre a nova nomeclatura (*custos vulnerabilis*), Sabrina Nasser de Carvalho[265] afirma: "(...) *concluímos que a nova denominação é pertinente, pois deixa claro o surgimento de uma nova*

---

[262] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

[263] ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto S. CASAS MAIA, Maurilio. O Estado-defensor e sua legitimidade para os pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. *Revista de Processo,* v. 239, p. 247-261, Jan. 2015; ROCHA, Bheron. ABDPRO #46 - Necessidade de sobrestamento dos processos a partir da repercussão geral do RE 1140005, a Súmula 421, e a legitimidade ordinária da Defensoria Pública para recorrer exclusivamente de verbas sucumbenciais. *Empório do Direito,* de 15.8.2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-46-necessidade-de-sobrestamento-dos-processos-a-partir-da-repercussao-geral-do-re-1140005-a-sumula-421-e-a-legitimidade-ordinaria-da-defensoria-publica-para-recorrer-exclusivamente-de-verbas-sucumbenciais>. Acesso em: 19 fev. 2019.

[264] ROCHA, Bheron. *Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública.* Fortaleza: Boulesis Editora, 2017.

[265] CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Direito de defesa nos conflitos fundiários.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 316.

figura no CPC/15, com poderes amplos e parcialidade clara em favor da comunidade ré." Embora a afirmação da autora tenha como cenário o Processo Civil, a assertiva também é válida no Direito Processual Penal, no qual os acusados integram a categoria de *vulneráveis processuais* face ao poder punitivo estatal, permitindo-se à Defensoria Pública contribuir com a formação de precedentes respeitosos aos direitos humanos e aos direitos fundamentais dos sujeitos demandados pelo Estado-Acusador.

V. VIABILIDADE CONSTITUCIONAL DA FORMA INTERVENTIVA *CUSTOS VULNERABILIS* – AUTONOMIA, PERSONALIDADE JUDICIÁRIA E INTERESSE INSTITUCIONAL

Ao se tratar de uma intervenção de terceiro constitucional da Defensoria Pública por direito dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*), a primeira dúvida nascente é a certificação da compatibilidade desse mecanismo de atuação processual com o próprio texto constitucional. Dois pontos devem ser sobrelevados: (1) *Interpretação histórica*;[266] (2) a *ausência de delimitação* constitucional dos mecanimos de atuação processual do Estado Defensor em prol do vulnerável.

Quanto à necessidade de se visualizar o conjunto de poderes e atribuições da Defensoria Pública (DP) a partir do método de interpretação histórico[267], esta impõe a concessão da devida importância ao fato de que o cargo isolado de defensor público nasceu no Rio de Janeiro (Lei Estadual n. 2.188/1954) como órgão de Procuratura de Justiça por defesa pública, sendo constitucionalmente, em 1988, alçada à condição de *Procuratura dos necessitados*[268], com membros dotados de *inamovibilidade* e poderes amplos para cumprimento de sua missão. Desse modo, afirma-se que olvidar a origem defensorial no Brasil, é esquecer também o regime de paridade com os membros da acusação pública, de modo que ambas as instituições devem ter poderes e armas paritárias, na medida da compatibilidade de funções respectivas – óbvio, porque também existem diferenças institucionais, porquanto a DP tenha que ser ainda *expressão democrática*[269] de diversos grupos excluídos –, a fim de garantir a *igualdade na promoção dos interesses constitucionais* de cada

---

[266] CASAS MAIA, Maurilio. O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo: defensorias municipais? O caso da ADPF 279. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 987, p. 127-158, Jan. 2018; CASAS MAIA, Maurilio. A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88: Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. In: ROCHA, Bheron. CASAS MAIA, Maurilio. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Autonomia e Defensoria Pública*: aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 57-78.

[267] CASAS MAIA, Maurilio. O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo: defensorias municipais? O caso da ADPF 279. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 987, p. 127-158, Jan. 2018;

[268] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 79-102; MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-40.

[269] Sobre o tema, ver: GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional de Defensoria Pública como expressão e instrumento do Regime Democrático: para além de sua função simbólica. In: Alves, Cleber Francisco. GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI*: novos horizontes e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

uma dessas instituições.

Por outro lado, a Defensoria Pública brasileira – ao ser apresentada como o *modelo público* de assistência jurídica eleito constitucionalmente (CRFB/1988, art. 134 c/c art. 5º, LXXIV) –, vê-se em meio a *conceitos jurídicos indeterminados* quanto ao seu critério de atuação ("necessitados" e "insuficiência de recursos"), bem como diante de uma ausência de indicação dos mecanismos (processuais ou não) potencialmente utilizáveis. Tal *silêncio eloquente* deve ser interpretado em favor do amplo *acesso à Justiça* e da *máxima efetividade dos direitos fundamentais dos vulneráveis*. Assim sendo, a própria *teoria dos poderes implícitos*[270]-[271] pode reforçar a efetividade de novos poderes à Defensoria Pública e, nesse cenário, diante da *autonomia constitucional* do Estado Defensor e do seu respectivo *interesse institucional*, redimensionar sua *personalidade judiciária*[272] da Defensoria Pública viabilizando a atuação processual em favor dos interesses público-institucionais primários, permitindo a defesa de seus intentos decorrentes de sua missão estabelecida na Constituição e nas Leis.

VI. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

É preciso se voltar os olhos aos fundamentos normativos da intervenção da Defensoria Pública. Para além da *abertura constitucional* aos poderes processuais do Estado Defensor e da *teoria dos poderes implícitos* – ambos mencionados no item anterior –, percebe-se um feixe de dispositivos legais permissivos da intervenção *custos vulnerabilis*. O principal deles, mais aproximado de uma *cláusula geral interventiva* em prol dos vulneráveis, é o inciso XI do art. 4º da LC n. 80/1994.

A Defensoria Pública, institucionalmente, tem interesse nas causas em que figurem vulneráveis. Tal assertiva pode e deve também ser lida à luz do inciso XI do art. 4º da LC n. 80/1994, como também com a "abertura semântica" das expressões constitucionais "necessitados" e "insuficiência de recursos", reconhecida tanto pelo STF (ADI n. 3943 e RE-RG n. 733.433), como pelo STJ (EREsp n. 1192577). Nesse contexto, conectando-se os vulneráveis ao Direito Processual Penal, Ada Pellegrini Grinover[273]: "*O acusado está sempre numa posição de vulnerabilidade frente à acusação*". Assim sendo, considerando-se o acusado um *necessitado jurídico*, ainda mais quando se trata da *formação de precedentes*, a Defensoria Pública é institucionalmente interessada na aplicação regular dos direitos concernentes à *defesa constitucionalmente almejada*, tanto assim pelo impacto coletivo decorrentes das

---

[270] PIMENTEL, Renan Augusto da Gama. A atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1º do Novo Código de Processo Civil. In: CASAS MAIA, Maurilio Casas. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 167-168.

[271] GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. *Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 330.

[272] Por analogia: "(...) V - *A Defensoria Pública possui personalidade judiciária para demandar judicialmente seu próprio interesse em colisão com o interesse do ente* (...)." (TJAM, Apelação Cível n. 0616275-96.2014.8.04.0001, Rel. Anselmo Chíxaro, 1ª Câmara Cível; j. 5/8/2019).

[273] GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à ação civil pública. In: GRINOVER,Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; VIGORITI, Vicenzo. (Org.). Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 466.

práticas processuais que se tornam *precedentes*, como também pela *indisponibilidade* da ampla defesa penal impactando sobre o "Estado Defensor".

Ainda sobre o uso da forma interventiva a partir da LC n. 80/1994 (art. 4º, VII[274] e X[275]), é possível se verificar que sendo a intervenção *custos vulnerabilis* hábil à adequada e efetiva tutela de direitos dos vulneráveis – *principalmente na defesa dos vulneráveis na formação de precedentes* –, ela pode ser fundamentada também na autorização legal para o uso de qualquer ação (*em sentido amplo*) potencialmente servível aos fins institucionais do Estado Defensor, sejam incidentes, recursos, processos incidentais e ações em sentido estrito. Desse modo, é que a Defensoria Pública da União (DPU) foi admitida pela segunda seção do STJ em setembro de 2019, como terceiro interveniente a fim amplificar o contraditório em favor das categorias vulneráveis.

A partir da Lei de Execução Penal (LEP), é possível extrair também a legitimidade enquanto órgão para atuar no *processo penal de conhecimento*. Isso porque o *parágrafo único do art. 2º da LEP* permite a aplicação da LEP aos presos provisórios, promovendo a ideia que a Defensoria Pública, enquanto órgão de execução penal, possui também interesse institucional na fase de conhecimento em razão dos reflexos eventuais na execução penal. Mas não é só.

Noutro passo, não se pode olvidar que o *microssistema de precedentes brasileiro* e de *casos repetitivos*, com impacto no Direito Processual Penal Brasileiro, ao conferir legitimidade para que a Defensoria Pública para propor, por exemplo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou mesmo o Incidente de Assunção de Competência (IAC), viabiliza também a intervenção de tal órgão quando os respectivos incidentes – instaurados por outros legitimados –, impactarem em seu *interesse institucional*, afinal, *quem pode o mais (requerer instauração), poderá o menos (intervir como interessado)*.

Por fim, o *princípio da cooperação processual*[276] também é fundamento para atuação defensorial *custos vulnerabilis*, tanto assim no Processo Civil, quanto no Processo Penal[277], porquanto a atividade defensorial interventiva, ao ser definida, como *complementar*[278] à defesa do vulnerável processual, **não** exclui[279] a participação e função do representante

---

[274] LC n. 80/1994, "Art. 4 São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) VII – promover ação civil pública e *todas as espécies de ações capazes* de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;"

[275] LC n. 80/1994, "Art. 4 São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo *admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;*"

[276] CPC/2015, "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

[277] SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal Cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio. CRUZ, Rogério Schietti. *Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 67-81.

[278] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537.

[279] Nesse sentido, conferir: CASAS MAIA, Maurilio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 58; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Jus-

postulatório *natural*, seja ele advogado ou até mesmo defensor público. Desse modo, registrada a *vulnerabilidade processual penal do acusado* – bem como a vulnerabilidade organizacional da coletividade que ocupa a mesma condição e, portanto, potencialmente atingida reflexamente pelos precedentes fixados em determinado juízo –, a Defensoria Pública pode atuar para *cooperar in favor defensionis* estimulando (I) a formação de precedentes em prol dos direitos fundamentais defensivos e (II) a visibilização dos déficits jurídicos decorrentes da vulnerabilidade suportada pelo acusado. Outrossim, a Defensoria Pública desponta como *agente de cooperação processual* para com os interesses públicos atinentes à defesa constitucionalmente válida, atuando harmoniosamente com o advogado criminal constituído pela defesa. Portanto, a relação entre *custos vulnerabilis* e advogado criminal deve ser de *cooperação estratégica e não de sobreposição* – do mesmo modo com Juízo e com o Ministério Público, para quem as manifestações defensoriais podem servir à reflexão decisória e de posição processual, respetivamente.

VII. O QUE NÃO É A INTERVENÇÃO *CUSTOS VULNERABILIS* PROCESSUAL PENAL?

A atecnia e a generalização do uso da intervenção *custos vulnerabilis* é um risco à salutar consolidação do instituto. Assim, é preciso afirmar o que NÃO é *custos vulnerabilis*:

(1) *Custos Legis*: Obviamente, a intervenção da Defensoria Pública não pode se qualificar enquanto Custos Legis, porquanto esta se trata de atribuição afeita ao Ministério Público, com base na missão ministerial. Ao contrário, não raras vezes, os legítimos interesses institucionais do Ministério Público e da Defensoria Pública entrarão em rota de colisão em nome da saudável *democracia processual*. Portanto, definitivamente, *custos vulnerabilbis* processual penal e *custos legis* são intervenções com finalidades distintas em seus objetivos institucionais, embora possuam poderes paritários e possam, eventualmente, coincidir em alguma manifestação pró-defesa penal ou pró-vulnerável.

(2) *Amicus* Curiae: A intervenção de *custos vulnerabilis* tem por objetivo, dentre outros, servir à formação de precedentes em prol do vulnerável. Embora o *amicus curiae* também se destine ao debate acerca da formação de precedentes, as semelhanças se encerram por aí, principalmente pelo assento constitucional da missão da Defensoria Pública e pelo dever de paridade histórica com os órgãos de acusação pública, a partir da origem institucional no Rio de Janeiro já mencionada. A intervenção de terceiros denominada *amicus curiae*[280] possui assento legal, pressupostos[281], limitações específicas (limitação recursal[282],

---

podivm, 2019, p. 451; ROCHA, Bheron. A intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em favor de uma pessoa presa provisoriamente: um relato a partir da experiência no núcleo de assistência ao preso provisório e às vítimas de violência (NUAPP) da Defensoria Pública do Estado do Ceará. In: GOMES, Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira. *Profissão Defensor Público*: teoria e prática; Fortaleza: Expressão Gráfica Ed./ADPEC, 2018, p. 72.

[280] CPC, "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação."

[281] São pressupostos alternativos para a intervenção do *amicus curiae*: (1) a relevância da matéria; (2) a especificidade do tema objeto da demanda ou; (3) a repercussão social da controvérsia.

[282] CPC, "Art. 138 (...) § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência

por exemplo), além de estar sujeita à delimitação[283] de poderes pelos juiz. A intervenção denominada *custos vulnerabilis*, ao contrário, tem assento constitucional, sendo extraída a partir do interesse institucional da Defensoria Pública, bastando a subsunção do caso *sub judice* aos *interesses institucionais primários* do Estado Defensor a fim de se justificar tal modalidade interventiva, devendo-se se destacar a eventual repercussão jurisdicional sobre a *esfera jurídica* de indivíduos ou coletividades vulneráveis.

(3) Curadoria Especial Penal: No Direito Processual Penal[284], a curadoria pela Defensoria Pública é voltada aos interesses do próprio curatelado e não propriamente ao interesse institucional da Defensoria Pública. Assim, embora tanto na curadoria especial como em *custos vulnerabilis*, a atuação do representante postulatório seja preservada, a mudança de viés atuacional gira em torno do interesse a ser resguardado em plano prioritário: do curatelado, se curadoria, e da instituição com reflexo positivo sobre o vulnerável, se *custos vulnerabilis* – tal informação é relevante para fins de apuração de eventual colisão de interesses, inclusive, bem como para definição de poderes e limites no atuar defensorial.

(4) *Assistência de Acusação*: A assistência de acusação tradicional[285] possui limitação em sua legitimidade[286]. Nesse ponto, embora, em princípio, a Defensoria Pública não possua legitimidade para atuar como assistente de acusação na modalidade tradicional, a mesma poderá representar a vítima hipossuficiente na assistência de acusação, mesmo quando o acusado já seja representado por membro da Defensoria Pública, conforme entendimento do STJ[287].

(5) *Amicus Communitas* (ou *amicus communitatis*): trata-se de uma modalidade interventiva ainda pouco analisada e servível como instrumento de legitimação coletivo-extraordinária à Defensoria Pública em situações nas quais exista *colisão* de interesses entre comunidades vulneráveis no âmbito processual, figurando como uma aplicação do inc. V do art. 4º-A da LC n. 80/1994 no microssistema coletivo ou de precedentes[288], bem como

---

nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. (...) § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."

[283] CPC, "Art. 138 (...) § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae."

[284] CPP, "Art. 149. (...) § 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento."

[285] CPP, "Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31."

[286] CPP, "Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão."

[287] STJ, RMS 45.793/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 7/6/2018, DJe 15/6/2018.

[288] CASAS MAIA, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

nas possessórias multitudinárias[289], nas situações em que a intervenção institucional da Defensoria Pública (*custos vulnerabilis*) não possa harmonizar com perfeição os interesses dos grupos vulneráveis *sub judice*. Na *esfera penal*, embora mais restrito, pode ter sua utilização cogitada, conforme será exposto mais à frente.

VIII. DEFENSOR NATURAL, *CUSTOS VULNERABILIS* E CUMULAÇÕES DE POSIÇÕES PROCESSUAIS

Uma das principais dúvidas acerca da posição de *custos vulnerabilis* é definir qual membro atuaria em tal posição processual. A resposta mais simples perpassa pelo defensor público natural (LC n. 80/1994, art. 4º-A, IV), aquele titular junto a determinado órgão jurisdicional. Aliás, ressalta-se novamente que a atuação defensorial como *custos vulnerabilis* não retira a legitimidade e a atuação do representante postulatório – geralmente, o advogado constituído –, porquanto se tratam de *funções processuais distintas*.

Por outro lado, ou *núcleos* ou Defensorias Públicas *especializadas* poderão assumir a função de *custos vulnerabilis* se assim possibilitado nos regulamentos institucionais ou, para estimular a formação de precedentes, *amicus curiae*, ou ainda de *amicus communitatis*, em caso de colisão com o respectivo grupo tutelado pelo setor especializado, quando atuará com poderes recursais amplos, como será visto à frente.

Eventual dúvida pode surgir quando, em atuação em uma vara jurisdicional, o defensor público já na condição de representante postulatório é instado a apresentar a manifestação institucional de *custos vulnerabilis* – a situação é possível, porquanto os interesses da parte-acusada e da Defensoria Pública, embora possuam afinidades no Processo Penal, não são exatamente os mesmos, pois se tratam de distintas perspectivas – individual e institucional, com enfoque argumentativo consequentemente diverso, em geral. Entretanto, há regra de observância cogente.

A "regra de ouro" para que um membro da Defensoria Pública acumule[290] funções processuais (representante, curador e *custos vulnerabilis*, por exemplo) é um fator negativo, um fator ausente: deve inexistir a *colisão de interesses* entre as posições assumidas. O Defensor Público que realizar a representação postulatória e, concomitantemente, o papel de *custos vulnerabilis* deve atuar nos limites da *compatibilidade* de posições[291]. Caso o

---

[289] CASAS MAIA, Maurilio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.).*Coleção Novo CPC* – Doutrina Selecionada – V.1 – Parte Geral. 2ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2016, v. I, p. 1253-1292.

[290] No Processo Civil, nas possessórias multitudinárias, implicitamente o TJ-SP parece ter indicado a possibilidade de a Defensoria Pública estar na condição de representante postulatório – caso a coletividade necessite –, e/ou interveniente *custos vulnerabilis*. Vide: "(...) No caso da Defensoria, a intimação ocorrerá para que, se for o caso, *possa atuar tanto como representante* dos ocupantes do imóvel *quanto na condição de custus vulnerabilis* (art. 554, §1º, CPC/2015) (...)". (TJSP; Agravo de Instrumento 3003455-58.2019.8.26.0000; Rel. Marcos Pimentel Tamassia, 1ª Câmara de Direito Público, j. 18/11/2019).

[291] Quanto ao Ministério Público, por exemplo, o STJ já admitiu expressamente que o MP, originalmente *custos legis*, assumisse a posição de parte em Ação Rescisória: "(...) 2. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação rescisória nos feitos em que atuou como custos legis, especialmente

exercício de *custos vulnerabilis* venha a ser essencial, como ocorre na formação de precedentes vinculantes, deverá atuar outro defensor público na função, com lastro no inciso V do art. 4º-A da LC n. 80/1994, conforme se tem ressaltado em outras sedes[292].

IX. LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS À FUNÇÃO DE *CUSTOS VULNERABILIS* PROCESSUAL PENAL

A intervenção da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis* é fortemente influenciada pela denominada *quarta onda renovatória*[293] *de acesso à Justiça* e seus impactos éticos no Sistema de Justiça, assim também pela lógica da construção da ordem jurídica justa[294] também para os vulneráveis. Em tal contexto, os primeiros paradigmas de atuação da intervenção insitucional da Defensoria Pública deve dialogar com os primeiros autores que alertaram sobre os eventuais *riscos de paternalismo e de autoritarismo* dessa modalidade intervenitva: Diogo Esteves e Franklyn Roger[295], merecedores de todas as homenagens por conduzirem análise crítica, inteligente e sempre respeitosa.

Nessa senda, evitando impulsos partenalistas e autoritários, bem como afinando-se com a *quarta onda renovatória* de acesso à Justiça, propõe-se que a intervenção defensorial em prol do interesse institucional deva ser pautada por, pelo menos, três princípios (bio) éticos[296]: (1) respeito à autonomia, (2) beneficiência e (3) não maleficência quanto ao vulnerável beneficiado. Respeitados tais paradigmas (bio)éticos, dar-se-á o primeiro passo à atuação não partenalista e não autoritária, ou, dito de outra forma, *"horizontal-emancipatória"*[297] e *"solidarista"*[298].

---

quando o interesse público é evidente. As hipóteses previstas no art. 487, inciso III, do CPC, são meramente exemplificativas. (...)". (STJ, EAR 384/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 1ª Seção, j. 8/2/2006, DJ 6/3/2006, p. 133).

[292] CASAS MAIA, Maurilio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC* – Doutrina Selecionada – V.1 – Parte Geral. 2ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2016, v. I, p. 1253-1292; CASAS MAIA, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

[293] ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia. In: Pandolfi, Dulce. [*et al*]. (org.). *Cidadania: Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fund. Getúlio Vargas, 1999.

[294] WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

[295] ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 461-463.

[296] BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 2ª ed. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Ed. Loyola, 2011.

[297] KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015, p. 58 e 78.

[298] SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 175 – 244, 2012.

A partir dos paradigmas (bio)éticos estimulantes da atuação defensorial em prol dos vulneráveis, compreende-se que toda atuação interventiva como *custos vulnerabilis* ocorrerá *in favor vulnerabilis*, de modo que atuações prejudiciais ao vulnerável, devem causar nulidade, com desentranhamento da peça processual respectiva e, se for o caso de atuação necessária, intimação do Defensor Público Geral, por analogia ao art. 28 do CPP, para, se for o caso, designar defensor público *longa manus* para atuação, como nas situações de formação de precedentes vinculantes.

Valem ainda alguns cuidados mais na atuação de *custos vulnerabilis*:

1. No Processo Penal, a atuação *custos vulnerabilis* **é** vinculada ao interesse da defesa (*in favor defensionis*). Ou, sob outra fórmula, o *custos vulnerabilis*, enquanto intervenção institucional penal, não pode atuar pró-acusação. A lógica está presente desde o momento que se tratou da intervenção *custos vulnerabilis* pela primeira vez diretamente[299], ditando que tal intervenção institucional ao lado do advogado constituído é de base Ferrajoliana[300], cujo objetivo é reequilibrar eventuais distorções entre acusação pública e defesa privada, em prol da defesa. Assim, em síntese e especificamente no Processo Penal, a intervenção *custos vulnerabilis* é a atuação *in favor defensionis*, pró-acusado.
2. O *custos vulnerabilis não* deve reprisar a função de *custos legis* – missões constitucionais distintas, vieses distintos: Não se trata de reiteração da função ministerial de *custos legis-dominus litis*, porquanto a missão do Ministério Público e da Defensoria Pública são distintas. Dito de outra forma, o *custos vulnerabilis* deve se voltar à missão institucional da Defensoria Pública e evitar se imiscuir em perspectivas ministeriais dedicadas à sua atuação de cumprimento da lei e punição de seus descumpridores.
3. O custos vulnerabilis **não** deve prejudicar os interesses daquele indivíduo (ou coletividade) motivador de sua intervenção – no caso do Processo Penal, o acusado com sua vulnerabilidade processual frente às estruturas punitivas do Estado.
4. A intervenção de *custos vulnerabilis* **não** autoriza a ocupação do lugar de representante postulatório natural – seja ele advogado constituído ou defensor público, salvo, neste último caso, regulamento defensoriais específicos, interno de cada instituição.
5. A possibilidade interventiva da Defensoria Pública não pode desconsiderar a *autonomia* estratégica da defesa constituída, muito menos se portar de maneira partenalista e autoritária. Por outro lado, há uma *relativa subordinação* da atuação do Estado Defensor à estratégia traçada pela defesa constituída. Diz-se "relativa" porque ao se deparar com teses *mais benéficas* não deduzidas, é lícito à Defensoria Pública levantá-las a exemplo da ocorrência de prescrição, cabimento de indulto e até de progressões de regime não arguidas.

---

[299] CASAS MAIA, Maurilio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 56-58.

[300] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

Noutro passo, no âmbito da *formação de precedentes formalmente vinculantes*, é preciso se falar na *consulta de interesse* e na intervenção obrigatória do *custos vulnerabilis* quando o julgado for potencialmente lesivo aos vulneráveis em dois grandes campos:

7. *Macroatuação defensorial* com consulta *de interesse institucional* e *intimação obrigatória* para *participação na formação dos precedentes vinculantes* potencialmente lesivos a vulneráveis: Na dúvida jurisdicional, sobre o eventual interesse da Defensoria Pública na formação de determinado precedente, deve-se intimar o *custos vulnerabilis* a fim de que, autonomamente, firme a (in)existência de tal interesse. Aliás, no caso dos precendentes formalmente vinculantes potencialmente *lesivos aos vulneráveis*, a intimação para participação da Defensoria Pública deve ser considerada *obrigatória*[301] enquanto decorrência de sua missão constitucional-legal e da própria conformação do Sistema de precedentes brasileiro.

No que se refere aos precedentes *não* formalmente vinculantes, tendo como referência também as unidades jurisdicionais nas quais atuam cada defensor, é sempre bom atentar a alguns detalhes:

8. *Microatuação* – possibilidade de participação nos casos *individuais* paradigmáticos (repetitivos ou relevantes): Por questão *de isonomia e boa-fé objetiva*, os juízes tem dever de *autorreferência*[302] na aplicação dos precedentes, fazendo com que a atuação do defensor público natural, como litigante habitual na unidade jurisdicional na qual atua, seja relevante para fins de *otimizar* o trabalho no futuro. Nesse ponto, reside parte do *aspecto econômico* do *custos vulnerabilis*, ao apoiar a fixação de teses respeitosas aos direitos dos vulneráveis, diminuir-se-á, ao médio prazo, o fluxo de trabalho recursal e o esforço público futuro. Destarte, seria recomendável a atuação institucional da Defensoria Pública em *casos paradigmas* na respectiva unidade jurisdicional de duas categorias: (1) repetitivos; (2) relevantes. Basicamente, a argumentação para justificar a legitimação interventivo-individual deve ocorrer por analogia aos pressupostos do IRDR ou do IAC, contudo, aplicado à respectiva unidade jurisdicional do *custos vulnerabilis*, em menor escala, mas igualmente com *finalidade precaucional*[303] na defesa de direitos humanos e de racionalização futura do serviço.
9. Nos casos individuais não repetitivos e nem relevantes socialmente, a parte, por seu advogado, pode tanto *requerer* (*intervenção provocada*), como *rejeitar* (seja por intervenção *iussu iudicis* ou por intervenção espontânea) a inter-

[301] Como é obrigatória a intimação para intervenção *custos vulnerabilis* em ações possessórias multitudinárias, em razão da presença de pessoas necessitadas interessadas no pleito: FENSTERSEIFER, Thiago. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 47.

[302] MACÊDO, Lucas Buril. Autorreferência como dever de motivação específico do stare decisis. *Revista de Processo*, n. 282, São Paulo, p. 411-433, Ago. 2018.

[303] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 505.

venção *custos vulnerabilis*, situação essa decorrente da autonomia e da ausência de interesse público-institucional relevante para o Estado Defensor. Por outro lado, em casos repetitivos e de formação de precedentes paradigmáticos, a atuação institucional além de possível, deve ser considerada inclusive necessária, a fim de evitar invisibilização ou estigmatização de grupos vulneráveis na formação de precedentes.

10. Cooperação Defensoria-Advocacia: Sendo a atuação penal do Defensor Público como *custos vulnerabilis* um mister devotado à amplificação dos direitos defensivos, o agente defensorial deve dar direito de audiência à advocacia constituída, tudo com a finalidade de harmonizar e pontencializar os projetos defensivos, permitindo ainda à Defensoria a assunção da condição de "órgão de suporte defensivo"[304].

Enfim, foram expostos 10 elementos que, nesta primeira análise sobre o *custos vulnerabilis penal*, reputam-se essenciais à harmonização da intervenção *custos vulnerabilis* com os demais órgãos do Sistema de Justiça e para uma efetiva contribuição institucional-democrática.

X. *CUSTOS VULNERABILIS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E OUTROS AGENTES PROCESSUAIS: COOPERAÇÃO NÃO-HIERARQUIZADA ENTRE DPU E DPE'S (OU DPDF)

Nos Tribunais Superiores, com Jurisdição Nacional, tais como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) – lares nos quais os defensores públicos estaduais, distritais e federais tem ponto de convergência de atuação –, a atuação *custos vulnerabilis* é também possível.

Nesse cenário, recentemente, a DPU foi aceita como *custos vulnerabilis* pelo STJ[305], por sua segunda seção em recurso repetitivo, em Pedido de Extensão em HC Coletivo[306]. Tal entendimento se refere à possibilidade garantida à DPU naquela instância jurisdicional como *custos vulnerabilis* **sem** prejudicar os representantes postulatórios naturais, sejam eles advogados **ou** defensores públicos. Ou seja, a DPU, em tais casos, assume a posição de **terceiro** em cooperação processual com os demais ramos da Defensoria, sem condicioná-los ou limitá-los. Assim sendo, a posição de terceiro interveniente da DPU, aceita pelo STJ, **não** é destinada, em hipótese alguma, à usurpação indevida de representação postulatória, legitimações ativas e muito menos a impedir as intervenções de Defensorias estaduais ou distritais nos seus específicos interesses regionais ou diante da eventual sub-representação de vulneráveis.

Em comparação, o Ministério Público estadual pode atuar como parte, reclamante

---

[304] SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 436-452.

[305] STJ, EDcl no REsp 1712163/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, j. 25.09.2019, DJe 27.09.2019.

[306] STJ, PET no HC 568.693, Min. Sebastião Reis Júnior, decisão monocrática, j.1/4/2020.

ou recorrente no STJ[307] ou STF[308], não afastando a atuação do MPF junto à corte em outra posição processual como *custos legis*. Portanto, a DPU, como *custos vulnerabilis* no STJ ou STF, não prejudica a atuação das demais Defensorias na mesma sede, seja como representante postulatório, *amicus curiae* ou até *amicus communitas* (legitimação extraordinária ou coletiva), na qual atuariam em paridade de poderes e ônus recursais – como se verá. Para clarificar um pouco mais, algumas observações:

(1) *Representante postulatório no Tribunal Superior:* o advogado constituído ou Defensoria Pública[309] de origem permanecem na posição de representante postulatório, mesmo na constância da intervenção da DPU como *custos vulnerabilis* no STJ ou STF. Não há, portanto, sobreposição ou usurpações de funções;

(2) *Custos Vulnerabilis* e sua convivência com as demais atuações: como proposta interpretativa do instituto sujeita às críticas, entende-se que a manifestação institucional *custos vulnerabilis* da Defensoria Pública – em princípio e diante da analogia original com a função de *custos legis, salvo especificação legal futura* –, cabe à Defensoria Pública da União (DPU) no STJ e no STF, especialmente junto ao plenário deste, ao Defensor Público Geral Federal e tal intervenção é *inconfundível* com a atuação das Defensorias Públicas como *parte, recorrente, representante postulatório, amicus curiae ou amicus communitatis* – porquanto todas trazem algum *interesse institucional* da própria Defensoria Pública "parte". Por outro lado, o *custos vulnerabilis* junto ao Tribunal Superior atuará com a visão institucional de *litigante habitual* pró-vulnerável junto àqueles tribunais (STF e STJ). Ressalte-se que, eventualmente, cabendo a atuação originária de parte ou de representante à própria DPU, é possível a cumulação de funções em caso de *compatibilidade* do mesmo modo que seria possível ao MP ser parte e custos legis, em determinadas situações[310] e, desde que não exista colisão de interesses (LC n. 80/1994, art. 4º-A, V), a atuação poderá ocorrer pelo mesmo membro.

(3) *Amicus Curiae* por Defensorias Pública Estaduais (ou Distrital): Conforme antedito, a atuação da DPU como *custos vulnerabilis* nos Tribunais Superiores não prejudicam outras formas de atuação das demais DPE's e DPDF, inclusive sob a forma de *amicus curiae,* trazendo a *expertise* decorrente de suas atuações estaduais e distrital, a qual diverge substancialmente da experiência defensorial federal.

Ainda no contexto das *múltiplas expressões democráticas* cabíveis à Defensoria Pública, é preciso tratar da *colisão de vulnerabilidades* nos Tribunais Superiores e uma "nova" proposta interventiva:

---

307 STJ, AgRg no AgRg no REsp 1544870/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, T6, j. 14/6/2016, DJe 23/06/2016.

308 "(...) 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de possuir o Ministério Público Estadual legitimidade para propositura de reclamação, sem a necessidade de ratificação do Procurador-Geral da República. (...)." (STF, Rcl 18116 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, T2, j. 2/10/2018).

309 Observado se a Defensoria Pública, representante originária da parte, acompanha ou não os feitos no STJ, a representação eventualmente passará à DPU em caso de não acompanhamento dos feitos no referido Tribunal: STJ, AgRg no HC 378.088/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, T6, j. 6/12/2016.

310 STJ, EAR 384/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 1ª Seção, j. 8/2/2006, DJ 6/3/2006, p. 133

(4) As Defensorias Públicas (não federais) como *amigas da comunidade*[311] *vulnerável* nos Tribunais Superiores: existe uma espécie de legitimação coletivo-extraordinária da Defensoria Pública ligada à visão de *representatividade adequada* na formação de precedentes ou de colisão de interesses entre *comunidades vulneráveis*. Trata-se de mais uma nova visão da atuação coletiva da Defensoria Pública, em razão de a mesma ser *expressão e instrumento democrático* que não pode permitir *silenciamentos* processuais antidemocráticos ou *proteção deficiente*. Tal intervenção ainda não referendada nos tribunais, todavia costumam decorrer diretamente da *"colisão de comunidades vulneráveis"* (LC n. 80/1990, art. 4º-A, V) ou de sub-representatividade de grupos vulneráveis com risco de proteção deficiente. Nesses casos de colisão, o *custos vulnerabilis* deve *ponderar* com máxima eficácia o interesse dos grupos vulneráveis, fator esse impeditivo da defesa integral do interesse de determinada comunidade vulnerável *em colisão*.

Nas situações citadas no parágrafo anterior, para os problemas estaduais ou distritais com suas *especificidades*, as Defensorias locais ou regionais deveriam invocar o inc. V do art. 4º-A, frente à colisão de interesses, ou o inciso XI do art. 4º, ambos da LC n. 80/1994, diante das peculiaridades regionais ou locais do grupo vulnerável, bem como do risco de sub-representatividade, requerendo a *igual consideração de interesses*, a *paridade de armas* e uma espécie de condição de *representante defensorial adequada* à formação de precedentes em prol da comunidade vulnerável de seu respectivo espaço geográfico ou de atuação, em rota colisão com outro, a fim de influenciar, também, a manifestação do *custos vulnerabilis* no STF ou STJ. Trata-se de uma espécie de legitimação coletivo-extraordinária apropriada aos casos nacionalizados e à colisão de vulnerabilidades nos debates de formação de *precedentes em nível nacional*, tendo como referência a eventual *especificidade do interesse geográfico-atuacional* de cada Defensoria Pública, além do risco de sub-representação de coletividade necessitada local ou regional. Tal atuação ainda merece maiores discussões, mas já se aponta paras as Defensorias dos estados e do DF como órgãos de cooperação interinstitucional nas demandas nacionalizadas e de formação de precedentes, **sem** prejuízo do papel institucional de "ponderação das vulnerabilidades" da DPU junto ao STJ e ao STF.

Portanto, é preciso lembrar que, se a ordem jurídica é uma só, permitindo ao Ministério Público ter somente um membro *custos legis* junto ao Tribunal, a Defensoria Pública, por outro lado, possui regime mais poroso e aberto aos interesses e necessidades plurais, devendo ser "expressão e instrumento do regime democrático" e, diante do *pluralismo* e da possibilidade de colisão, nenhum interesse de vulneráveis deve ser sub-representado ou protegido deficientemente, de modo a ser admissível atuações defensoriais em legitimação extraordinária quanto ao grupo vulnerável com especificidades regionais ou locais, nos litígios "nacionalizados". Assim, as defensorias "amigas da comunidade" poderiam atuar como "agentes de cooperação interinstitucional nas ações nacional-

[311] Com efeito, a presente proposta se encaixa em uma possível hipótese de cabimento da intervenção de *amicus communitatis* da Defensoria Pública aplicada às especificidades da litigância em tribunais de abrangência nacional, como STF e STJ, visando evitar a sub-representatividade de interesses, a proteção deficiente ou a invisibilidade de certos grupos vulneráveis no debate de formação de precedentes vinculantes, de controle de constitucionalidade, bem como litígios estruturais, coletivos e estratégicos nesse mesmo cenário. Tal intervenção, dar-se-á com os mesmos poderes e ônus processuais do *custos vulnerabilis* e do *custos legis*, possuindo, contudo, finalidades processuais distintas.

izadas", a partir das jurisdições superiores, garantido visibilidade a interesses de vulneráveis que, de outro modo, não gozariam da possibilidade participativa.

Enfim, a atuação da DPU como *custos vulnerabilis*, por ser, em princípio, a Defensoria Pública natural nos tribunais superiores não suplanta e nem supre a atuação das demais Defensorias em outras posições processuais – representante, parte, reclamante, recorrente, *amicus curiae* ou *amicus communitatis*, neste último caso, justificando o *interesse defensorial* diante de alguns dos possíveis fatores: (1) impacto do caso ou precedente nas comunidades locais ou regionais tuteladas; (2) *colisão* entre comunidades vulneráveis em nível nacional; (3) necessidade democrática de um *representante defensorial adequado* de determinada categoria vulnerável em razão das peculiaridades geográficas ou especializantes, evitando-se assim sub-representatividade ou proteção deficiente.

Em razão ser tema incipiente, a doutrina pouco debateu sobre intervenções de múltiplas "Defensorias" em tribunais com jurisdição nacional. Diante da colisão de interesses entre comunidades vulneráveis desorganizadas (LC n. 80/1994, art. 4º-A, V), Mazzuoli[312] segue o caminho da abertura para a convivência de distintas formas intervenções de terceiro da Defensoria Pública – *custos vulnerabilis, amicus communitatis* etc –, enquanto Carvalho Ramos[313] aponta para um possível caminho da pluralidade de *custos vulnerabilis* diante da referida colisão. Considerando-se a distinção da "fala institucional" em legitimação ordinário-constitucional de *custos vulnerabilis* quanto à "fala em prol do interesse direto" de certa comunidade vulnerável em colisão de interesses, distinguir as formas interventivas da Defensoria Pública a partir dos interesses colidentes – com o devido socorro de técnicas de legitimação extraordinária ou coletiva em prol das comunidades abarcadas pelo inciso V do art. 4º-A da LC n. 80/1994 –, é caminho imprescindível para a garantia da paridade de armas entre grupos vulneráveis tutelados por cada órgão defensorial. Importante, novo e polêmico - mas deve ser tema aprofundado no futuro.

XI. O *CUSTOS VULNERABILIS* E A COLISÃO (INDIVIDUAL) DE VULNERÁVEIS NO PROCESSO PENAL: A TENSÃO ENTRE ACUSADO E VÍTIMA NECESSITADOS

Um dos grandes pontos angustiantes da teoria jurídico-institucional da Defensoria Pública – iniciando-se por Franklyn Roger e Diogo Esteves[314] –, é a possibilidade de colisão de interesse entre vulneráveis e a necessidade de atuação da Defensoria Pública. No âmbito da sistemática das possessórias multitudinárias[315] e de casos repetitivos[316] já

---

[312] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

[313] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

[314] SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 436-452.

[315] CASAS MAIA, Maurilio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.).*Coleção Novo CPC* – Doutrina Selecionada – V.1 – Parte Geral. 2ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2016, v. I, p. 1253-1292.

[316] CASAS MAIA, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas

se teve oportunidade de responder ao questionamento com *aplicação multitudinária ou coletiva* do inciso V do art. 4º-A da LC n. 80/1994, sendo necessária a atuação de defensores públicos distintos para cada comunidade com interesses contrapostos – o defensor "amigo da comunidade" (*amicus communitas* ou amicus *communitatis*) – expressão filosoficamente cunhada por Daniel Gerhard (UFAM) –, função na qual atuará como expressão direta do interesse da comunidade, como em *legitimidade extraordinária* decorrente da combinação de diversos dispositivos legais: LC n. 80/1994, art. 4º-A, V, c/c art. 4º, XI[317] e do CPC/2015 (art. 18[318]), sendo ainda possível a intervenção institucional ainda do *custos vulnerabilis* (intervenção em prol do interesse institucional público primário), buscando trazer proposta de *ponderação menos lesiva aos grupos vulneráveis em rota de colisão* – aqui, por sua vez, não em legitimidade extraordinária, mas institucional com foco em seu interesse constitucional primário do Estado Defensor.

Contudo, no Processo Penal, a questão merece impacto da *epistemologia Processual Penal* e muito cuidado para não empoderar ainda mais as instâncias persecutório-punitivas por vezes esmagadoras da liberdade individual. Assim, tratando-se do Processo Penal, um ramo do Direito no qual a limitação do Poder Punitivo é essencial ao controle da constitucionalidade do Poder de Punir, não se pode e nem se deve ampliar os poderes punitivos estatais de maneira inconsequente. Desse modo, a Defensoria Pública (DP), por seu próprio interesse institucional, como ocorre na intervenção *custos vulnerabilis* no *interesse público primário* da DP, não pode assumir papel de acusadora ou assistência de acusação, como se a condenação fosse objetivo institucional da Defensoria Pública. Portanto, defende-se, a partir da teoria *Ferrajoliana*, que a atuação institucional (*custos vulerabilis*) **não** pode prejudicar o acusado e servir ao aprofundamento do desequilíbrio da relação processual penal.

Assim, a intervenção institucional penal *custos vulnerabilis* não pode ser afeita aos interesses da acusação, mesmo quando a vítima é vulnerável no direito material. O enfoque de atuação *garantista* da Defensoria Pública no Processo Penal é o reforço do direito à ampla defesa a fim de *reequilibrar* a relação processual e amenizar a vulnerabilidade processual do cidadão frente aos diversos órgãos do sistema de punição estatal – ou seja, a atuação processual penal de *custos vulnerabilis* é, em razão dos rigores penais, voltada à tutela do acusado enquanto vulnerável processual.

Portanto, não se pode confundir *a vulnerabilidade processual* do acusado que é o estopim da função reequilibradora[319] do *custos vulnerabilis* processual penal, voltado ao

---

Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

[317] LC n. 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar *e de outros grupos sociais vulneráveis* que mereçam proteção especial do Estado;"

[318] CPC/2015, "Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, *salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.*"

[319] "A vulnerabilidade processual constitui critério legitimador de tratamento diferenciado entre as partes, de modo a reequilibrar a disparidade de armas e restabelecer a isonomia processual". (SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 449).

interesse público primário da Defensoria Pública no âmbito penal, com a eventual *vulnerabilidade material* da vítima decorrente da vitimização[320] e a necessidade de atuação como representante postulatório da vítima, esta como *assistente de acusação*, a qual atuará no mesmo polo e em harmonia com o Ministério Público.

Por outro lado, obviamente que acusado e vítima, ambos, podem ser necessitados para fins de assistência jurídica integral e gratuita via Estado Defensor. Nesse caso, a LC n. 80/1994 (art. 4º-A, V) soluciona a *colisão* de suas *vulnerabilidades* garantindo a cada qual um defensor público para atuação como representante postulatório, sendo tais agentes dotados e *inamovibilidade* e outras garantias a fim de garantir-lhes a melhor atuação.

Exemplificando, diante da colisão de potenciais assistidos defensoriais, acusado e vítima terão direito a um defensor público postulante distinto, de modo que, no *polo processual ativo*, ter-se-á Ministério Público e o assistente de acusação – este, no caso narrado, representado por defensor público –, e, *no polo passivo*, o acusado, representado por defensor público – mas poderia sê-lo por advogado –, e podendo contar ainda com a atuação defensorial *custos vulnerabilis*, a qual pode ser cumulada, em caso de compatibilidade, pelo mesmo defensor público, como ocorre com a eventual cumulação de papéis ministeriais (*custos legis* e *dominus litis*).

XII. *AMICUS COMMUNITATIS*: ENTRE A OMISSÃO MINISTERIAL E A COLISÃO COLETIVA DE VULNERÁVEIS NO PROCESSO PENAL (LC N. 80/1994, ART. 4º-A, V)

Não raras vezes, o fato de a intervenção *custos vulnerabilis* ser voltada à amplificação da defesa no Direito Processual Penal, tem causado questionamentos acerca de eventual atuação deficiente da Defensoria Pública em prol da vítima – situação que se nega desde logo. Em primeiro lugar porque as vítimas necessitadas e vulneráveis podem ser representadas pela Defensoria Pública, por não possuírem recurso para acessar o advogado. Desse modo, a tradicional *representação postulatória* é a primeira possibilidade de tutela da vítima necessitada pela Defensoria Pública, seja patrocinando ações penais privadas (ou subsidiárias da pública[321]) ou representando a vítima que almeja ingressar na assistência de acusação[322], ainda mais em leis especiais como a Lei n. 11.340/2006[323] e na própria LC n. 80/1994 (art. 4º, XI, XV e XVIII[324]).

---

[320] Franklyn Roger distingue a *vulnerabilidade por vitimização* (material) e *vulnerabilidade processual* – vide: SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 447.

[321] LC n. 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XV – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;"

[322] STJ, EDcl no REsp 1712163/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, j. 25.09.2019, DJe 27.09.2019.

[323] Lei n. 11.340/2006, "Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de *advogado*, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei. Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de *Defensoria Pública* ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado".

[324] LC n. 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas *vítimas* de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o

Resta, contudo, a pergunta: existiria alguma forma interventiva para apoiar *coletividade de vítimas vulneráveis* como contam os acusados com a figura garantista do *custos vulnerabilis*?

A pergunta é importante porque, mormente no caso de formação de *precedentes vinculantes*, não se deveria admitir a *sub-representação*[325]-[326] dos interesses da comunidade de vítimas – situação aparentemente antidemocrática. O que se defenderá a partir deste ponto é a possibilidade, em tese, de uma *excepcional e restrita* atuação processual penal da Defensoria Pública em *legitimação extraordinária* em favor da *comunidade* de vítimas vulneráveis desorganizadas em duas hipóteses[327] basilares:

(a) atuação deficiente e omissiva do Ministério Público penal quanto aos interesses de vítimas vulneráveis, ensejando legitimação *subsidiário-supletiva* defensorial;

(b) colisão de grupos vulneráveis na formação de precedentes processuais penais, possibilitando a atuação *autônoma e independente* da Defensoria Pública, em legitimação extraordinária, em prol da comunidade vulnerabilizada para evitar a sub-representatividade de tais interesses.

Quanto à *nomenclatura*, em razão de a atuação defensorial se voltar à defesa de determinada *comunidade* de interesses, toma-se de empréstimo a expressão do professor Daniel Gerhard (Universidade Federal do Amazonas – UFAM): *amicus communitas* ou *amicus communitatis* –, por reputá-la didática e consentânea com a finalidade da *excepcional* legitimação extraordinária penal da Defensoria Pública em prol de comunidades vitimizadas vulneráveis.

Inicialmente, apoia-se aqui nas lições de Diogo Esteves e Franklyn Roger[328] –autores cujas observações apresentadas à atuação persecutória penal devem ser acolhidas pelo presente estudo no referente à atuação equivalente pela figura do "amigo da comunidade" –, é possível à Defensoria Pública assumir funções acusatórias em nome próprio na defesa de direito de terceiro, no caso, coletividade-vítima.

Portanto, a resposta à pergunta retro é "sim", quanto à possibilidade de a Defensoria Pública atuar em prol da coletividade de vítimas no Processo Penal, mas não sem muitas ressalvas.

A primeira observação é que, enquanto o *custos vulnerabilis* processual penal deve

---

atendimento interdisciplinar das vítimas;"

[325] SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *I Relatório Nacional de atuações coletivas da Defensoria Pública*: Um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do Sistema de Justiça. Brasília: ANADEP, 2013, p. 113.

[326] PAIVA, Caio. FENSTERSEIFER, Tiago. *Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2019, p. 190.

[327] Não se deve olvidar que, no tópico sobre as intervenções da Defensoria Pública junto ao STJ e STF, levantou-se a ainda a hipótese de que as Defensorias Públicas estaduais ou distrital poderiam atuar como amiga da comunidade junto a esses tribunais nacionais a fim de evitar sub-representatividade, a invisibilidade ou a proteção deficiente na formação de precedentes, litígios estruturais, coletivos, estratégicos e constitucionais em favor dos vulneráveis, possuindo os mesmos poderes do *custos legis* e do *custos vulnerabilis*, uma vez demonstrada a representatividade defensorial respectiva.

[328] ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 469-473.

trazer a lume o interesse institucional na melhor defesa, *in favor defensionis*, as atuações institucionais da Defensoria Pública em prol da coletividade de vítimas *vulneráveis*, por outro lado, dá-se no interesse desta coletividade, de modo mais próximo à legitimidade extraordinária (*in favor victimae*), como *"amiga da comunidade"* (*amicus communitatis* ou *amicus communitas*), decorrendo legitimamente da confluência da LC n. 80/1994 (art. 4º-A, V c/c art. 4º, III, VII, XI e XVIII), da aplicação subsidiária do art. 18 do CPC/2015, da aplicação do CDC (art. 80, 82, III e art. 117), da LACP (art. 21) – e, eventualmente, da legitimação defensorial para atuação na formação de precedentes (v.g., art. 977, III, CPC/2015), conforme será esclarecido adiante.

Obviamente que, salta aos olhos, a aplicação do CDC (art. 80) ao Processo Penal. Todavia, a regra é especificamente penal e voltada à possibilidade de órgãos, como a Defensoria Pública, atuarem na assistência de acusação e até mesmo assumirem eventualmente a propositura da "ação penal pública subsidiária da pública" em prol do consumidor, em caso de inércia ministerial.

Todavia, embora a regra do art. 80 do CDC seja, em princípio, voltada somente à tutela penal-coletiva dos *consumidores*, enquanto vulneráveis (art. 4º, I, CDC) e isso acarretar preocupação quanto à aplicabilidade do referido regramento a outras categorias vulneráveis – como bem ressaltam Esteves[329] & Roger[330] –, acredita-se também que tal "suposta omissão normativa precisa ser superada"[331], podendo sê-lo precisamente pela ótica do *diálogo das fontes* do *microssitema processual coletivo* aplicada ao Processo Penal com impacto transindividual.

Isso porque o art. 80[332] do CDC é regra concernente à expansão de legitimidade penal aos legitimados coletivos, tais como a Defensoria Pública enquanto ente abrangido pelo inciso III do art. 82 do CDC, como firmado pelo STJ[333]. Nesse cenário, deve-se analisar o *impacto potencial* de certas ações penais na defesa de interesses coletivos da *comunidade de vítimas desorganizadas em situação de vulnerabilidade* e o diálogo das fontes no microssistema processual coletivo.

Em tal contexto, destacam-se também o art. 21[334] da Lei n. 7.347/1985 e o art. 117

---

[329] *Idem, ibidem*, p. 471.

[330] "Não pode a relação de consumo ter uma proteção jurídica mais intensa do que outros bens jurídicos ocupantes do mesmo pedestal de proteção estatal. Assim, é imperioso averiguar no ordenamento jurídico se há outra norma de legitimação para ação penal. E não é um trabalho tão difícil, bastando olhar para as normas nacionais que regem a Defensoria Pública". (SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 396).

[331] ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 471.

[332] CDC, "Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal."

[333] STJ, REsp 555.111/RJ, Rel. Min. Castro Filho, T3, j. 5/9/2006, DJ 18/12/2006, p. 363; STJ, AgRg no AgRg no Ag 656.360/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, T3, j. 15/3/2011, DJe 24/3/2011.

[334] Lei n. 7.347/1985, "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

do CDC, ambos *expansivos* da legitimidade do art. 82, III, do CDC para outros direitos coletivos e difusos, além do Direito do Consumidor. A isso, acresça-se a aplicação *subsidiária* do art. 18[335] do CPC/2015 ao sistema penal (art. 3º, CPP), resultando na concessão da *legitimação extraordinária penal* à Defensoria Pública em favor da coletividade vitimizada e vulnerável, cujos interesses estão sub-representados na esfera penal por uma atuação omissa ministerial, resultado na atuação *excepcional e supletiva do* Estado Defensor no interesse da coletividade de vítimas *vulneráveis* interessadas e não no seu próprio interesse.

Desse modo, em tese, a expansão da regra para o alcance de outras categorias vulneráveis pode ocorrer lastreada no uso do *diálogo das fontes* e da lógica de *microssistema processual coletivo* aplicado ao Direito Processual Penal para que o artigo 80 do CDC alcance também outras categorias vulneráveis, com o reforço da LC n. 80/1994 (art. 4º, XI).

Acerca da legitimidade acusatória da Defensoria Pública aqui tratada, anteriormente, Franklyn Roger[336] a fundamenta com especial destaque à LC n. 80/1994, nos incisos III e VII, combinado com o art. 80 do CDC, com a seguinte dicção:

> "O correto então é extrair a legitimação para a tutela penal a partir da leitura do art. 4º, VII da mesma lei quando permite à Defensoria Pública "promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes" e do art. 4º, III quando refere-se ao papel de "promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico". A expressão "promover todas as espécies de ações" constante do art. 4º, VII da LC n. 80/94 deve significar o emprego de medidas também na seara penal para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Aqui conteria uma autorização, ou melhor, legitimação para a Defensoria Pública agir em juízo ou fora dele para a defesa destes direitos62, inclusive na justiça criminal. A soma do art. 80 do CDC com o art. 4º, incisos III e VII da LC n. 80/94 permite concluir que a Defensoria Pública tem legitimação para atuar nas persecuções penais que versem sobre crimes atentatórios aos interesses difusos e coletivos penais, bem como aos direitos humanos, também em suas vertentes transindividuais".

Embora se concorde com Franklyn Roger, ou seja, com a fundamentação da eventual atividade acusatória da Defensoria Pública na LC 80/1994 (art. 4º, III e VII) c/c art. 80 do CDC, entende-se ainda por acrescer a lógica do *diálogo das fontes* e do microssistema processual coletivo, utilizando-se especialmente os artigos 21 da Lei n. 7.347/1985 e o art. 117 do CDC, ambos realizando a *expansão* da legitimidade do art. 82, III, do CDC, bem, como da aplicação subsidiária do art. 18 do CPC/2015 ao processo penal, quando a ação penal (*a*) repercutir em interesses coletivos e (*b*) houver omissão ministerial na atividade

---

[335] CPC/2015, "Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico."

[336] SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 397.

persecutória, em *perfil solidarista* – como aponta ainda o multicitado Franklyn Roger[337]:

> "Em última análise, a tese que aqui se propõe restringe-se à atividade acusatória *em prol da coletividade*, quando *omisso* o Ministério Público na persecução penal, como um *desdobramento do perfil solidarista* da instituição".

Além da hipótese de utilização da *legitimidade extraordinária penal de amiga da comunidade* em razão da omissão ministerial e sub-representação dos interesses da coletividade desorganizadas de vítimas no Processo Penal, há também outra hipótese voltada à *colisão* de vulnerabilidades na formação de precedentes penais, como confluência da LC n. 80/1994 (art. 4º-A, V) e da legitimidade da Defensoria Pública na formação de precedentes (v.g., art. 977, III, CPC/2015), como pode ocorrer em casos de IRDR's[338] penais potencialmente lesivos aos interesses de categorias vulneráveis – diante da *colisão* de interesses entre grupos vulneráveis.

Por outro lado, deve-se deixar clara a *paridade de ônus e poderes processuais* penais entre as figuras interventivas aqui expostas. Assim, *custos legis*, *custos vulnerabilis* e a Defensoria "amiga da comunidade" possuem os mesmos poderes recursais e ônus em prol dos interesses que tutelam.

No contexto aqui tratado, diante da necessidade de atuação *suplementar-subsidiária* em prol das vítimas em razão da inércia ministerial ou mesmo da colisão de interesses entre grupos vulneráveis, a figura do amigo da comunidade surge *"in favor victimae"* (em favor da coletividade de vítimas), em paridade de armas com o *custos vulnerabilis* (*in favor defensionis*) e o *custos legis* (*in favor iuris*) – com quem seu interesse específico poderá eventualmente conflitar –, e teria, a partir da ordem jurídica, sua legitimidade avalizada também no Processo Penal. Portanto, trata-se de *interesses públicos distintos* tutelados via processo penal: o amigo da comunidade atuaria em legitimidade extraordinária propriamente dita em favor da *coletividade vitimizada*, enquanto Ministério Público (*custos legis*) em favor da integridade da ordem jurídica e a Defensoria Pública (*custos vulnerabilis*) em favor da defesa penal e suas vulnerabilidades, eventualmente ponderando vulnerabilidades em colisão – sendo as duas últimas intervenções nos próprios interesses institucionais penais.

Convém perquirir sobre a ocorrência de casos reais de ocorrência tal intervenção processual penal do *amicus communitatis*. Pois bem, o mais próximo que se tem notícia de *amicus communitatis* penal, foi o ingresso da Defensoria Pública do Amazonas[339] na qua-

---

[337] SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 395, g.n.

[338] CASAS MAIA, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

[339] A primeira decisão que se teve notícia da assunção institucional da "assistência de acusação" pela Defensoria Pública em favor de coletividade de vítimas – no caso, de violência obstétrica –, ocorreu em decisão do juiz Rivaldo Matos Norões Filho (1ª Vara Criminal de Manaus/AM, processo nº 0258084-34.2014.8.04.0001), a pedido do defensor público Theo Eduardo Ribeiro Costa e outros membros do grupo de trabalho defensorial da DPE-AM destinado à proteção de mulheres vítimas

lidade da "assistência de acusação" em favor da coletividade de mulheres vítima de violência obstétrica em razão da suposta continuidade da empreitada médica nociva em face de mulheres no serviço público, situação na qual foi obtida, por iniciativa defensorial, a *cautelar penal* de afastamento do serviço público do médico, considerada a *inércia* ministerial em requerê-la. Na visão do presente estudo, não se tratou do interesse institucional-penal direto da Defensoria Pública, mas sim da atuação em *legitimidade extraordinária* em prol do interesse da coletividade de vítimas assumindo, eventualmente, a assistência de acusação.

Ademais, no caso comentado, o acusado não era um assistido hipossuficiente econômico, mas sim um médico atuante no serviço público, com histórico de supostas múltiplas atividades lesivas às pacientes vulneráveis. Ou seja, existiam elementos com os quais se demonstrava a continuada lesões às pacientes hipossuficientes e uma atuação *insuficientemente* preventiva do Ministério Público até então. Assim, com a finalidade de evitar tais lesões, a Defensoria Pública do Amazonas requereu seu ingresso como assistente de acusação, ensejando atuação *supletiva* acusatória da Defensoria Pública, fundamentada anteriormente por Roger[340], quando "evidenciada a omissão do Ministério Público"[341].

Desse modo, a intervenção *amicus communitatis, caso admitida no Processo Penal*, deve manifestar *interesse direto da coletividade vulnerável* tutelada, embora em legitimidade extraordinária, não se configurando propriamente a assistência de acusação tradicional. A situação não é nada comum, deve ser usada *com cautela e sem generalização* – merecendo

---

de violência obstétrica. Em sua petição, o defensor público invocou a legitimidade extraordinária da Defensoria Pública, mormente diante da *inércia protetiva* ministerial no requerimento de medidas cautelares protetivas das mulheres. Embora se tenha usado a expressão *custos vulnerabilis* em sentido amplo para designar a atuação, a mesma não é adequada a posições pró-acusação, recomendando-se que a mesma seja vista como legitimidade extraordinária em prol da comunidade de vítimas (*amicus communitatis*), evitando se desnaturar a intervenção *custos vulnerabilis* penal, voltada ao interesse *defensivo* da própria Defensoria Pública penal. Obviamente, também não se tratava de uma assistência de acusação tradicional, porquanto tal legitimidade não é prevista tradicionalmente para a Defensoria. Para maiores detalhes sobre o caso, vide: DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS. DPE-AM vai atuar na acusação em processo contra médico e consegue nova decisão para mantê-lo afastado. Notícia de 15.4.2019. Disponível em: <https://www.defensoria.am.def.br/single-post/2019/04/15/DPE-AM-vai-atuar-na-acusa%C3%A7%C3%A3º-em-processo-contra-m%C3%A9dico-e-consegue-nova-decis%C3%A3º-para-mant%C3%AA-lo-afastado?q=275-lista-7608-Corregedoria>. Acesso em: 8 Out. 2019.

[340] "É por esta razão que este estudo propõe uma reinterpretação do papel da Defensoria Pública e da Fazenda Pública na defesa da coletividade, especialmente para atuação supletiva nos casos de desídia do órgão acusatório na tutela de direitos difusos e coletivos de natureza penal (...). Que fique claro, no entanto, que Defensoria Pública e Fazenda Pública só atuarão em caráter supletivo, jamais invadindo as esferas de atribuição do Ministério Público no sistema penal. (...) A legitimidade supletiva tem lugar muito bem delineado, como apontamos neste estudo, e as discussões de caráter corporativo não são capazes de romper o modelo de defesa penal dos bens jurídicos difusos e coletivos." (SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 386 e 400-401).

[341] SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, 400.

maior atenção em estudos vindouros, com novas reflexões, como aquelas cuidadosas realizadas por Cacicedo[342]:

> "A defesa da legitimidade subsidiária da Defensoria Pública para o exercício da ação penal em crimes com bens jurídicos coletivos viabilizaria, por exemplo, que a instituição se torne mais uma agência repressora dessa irracional política de guerra às drogas. Inclusive, mesmo o caráter subsidiário da referida legitimidade institucional não retiraria seu papel legitimante do poder punitivo e de todas as suas consequências. (...) a: a instituição constitucionalmente encarregada de garantir os direitos humanos dos vulneráveis deve participar de um processo de criminalização que necessariamente recairá sobre os destinatários do seu serviço? A outra opção é resistir às tentações do poder punitivo e reconhecer que na seara criminal o papel da Defensoria Pública é seguir ao lado dos desvalidos do mundo e deslegitimar o poder que oprime justamente os destinatários de sua atividade."

Com efeito, a proximidade léxica[343] entre *amicus curiae* e *amicus communitatis*, pode causar alguma preocupação com eventuais confusões entre institutos e generalizações indevidas. Contudo, sendo a Defensoria Pública brasileira uma instituição ainda nova, deve-se desafiar seus fenômenos com curiosidade científica e sem apegos demasiados a uma tradição processual desconhecedora da própria Defensoria Pública. Portanto, não se pode atrelar os potenciais processuais do "Estado Defensor" necessariamente à velha guarda de institutos e terminologias se, de fato, a atuação vem se apresentando com fundamentos distintos e com novos potenciais. Pode-se por outro lado, rejeitá-la, por inadequada social ou juridicamente, mas jamais se pode enclausurar o novo em baú velho, o que poderá "mofar" novos institutos por apego arraigado ao velho.

XIII. CONCLUSÕES

O presente estudo lançou propostas para a consolidação da intevenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no Direito Processual Penal, evitando-se, desse modo, o erro de misturar, indevidamente, a epistmologia processual civil e processual penal. Sintetizado assim, são expostos os pontos conclusivos do presente estudo:

(1) Enclausurar as atuações processuais da Defensoria Pública ao arcabouço das tradicionais posições processuais existentes é correr o risco de olhar o novo, com o olhar do velho. Nesse contexto, trata-se de uma adaptação da história do "patinho feio" à Defensoria Pública. As "novas" intervenções de terceiro da Defensoria Pública *não* seriam suportadas pelo antigo processo individualista, o qual ainda influencia muitos juristas, de modo que se deve olhar piedosamente, com diálogo crítico, aos que ainda não compreenderam as funções constitucionais da Defensoria Pública. As novas atuações

---

[342] CACICEDO, Patrick. Crítica científica a "Legitimação não tradicional da ação penal": Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 414.

[343] AZEVEDO, Júlio Camargo. *Manual de Prática Cível para a Defensoria Pública.* 2ª ed,. Belo Horizonte: CEI, 2019, p. 468.

– "embaladas" sob os nomes "*custos vulnerabilis*" e "*amicus communitatis*" –, possuem peculiaridades e fundamentos normativos próprios, mesmo que almejem limitá-las e enclausurá-las a fórceps aos moldes da figuras processuais antigas para facilitar a própria retórica e tornar desnecessária a atualização, fulminando a contribuição e identidade própria da Defensoria Pública nesse contexto.

(2) A intervenção *custos vulnerabilis* é a síntese da *missão-função* da Defensoria Pública em favor dos vulneráveis, visualizando-a como uma forma de intervenção de terceiro, com lastro constitucional-legal, no qual a instituição Defensoria Pública atuará autonomamente em nome próprio em prol da sua missão constitucional de defesa dos vulneráveis, portanto, do seu *interesse público-institucional* e *primário*.

(3) A intervenção *custos vulnerabilis* somente encontra sua razão de ser quando vista como *inconfundível* com outras formas de atuação tradicionais – como representante postulatório, curador especial, assistência, *amicus curiae*, assistente de acusação etc –, ou não-tradicionais – como o *amicus communitatis*, este último entendido como um mecanismo de legitimidade extraordinária em prol das comunidades vulneráveis desorganizadas em rota de colisão (LC n. 80/1994, art. 4º, V).

(4) A intervenção *custos vulnerabilis* possui valor *estratégico-econômico*. Isso porque, com o tempo, a referida atuação poderá gerar a estabilização da jurisprudência *in favor vulnerabilis* acarretarando, além de maior justiça social, a diminuição da interposição recursal e das crises jurídicas em face da certeza da consolidação de precedentes, de modo que a *meta interventiva*, além de ser instrumento de litigância estratégica dos *interesses institucionais da Defensoria Pública*, é também, ao médio prazo, servir de potencial instrumento de economia de recursos públicos.

(5) O atuar interventivo *custos vulnerabilis* é voltado à efetivação do interesse institucional, constitucional, do Estado Defensor na defesa de grupos vulneráveis, consubstanciado, por isso, como *interesse público primário*. A Defensoria Pública tem seu interesse jurídico voltado à satisfação das *necessidades humanas legítimas*, mormente diante da dificuldade decorrente da inacessibilidade aos recursos imprescindíveis para tanto. Por isso, diferentemente do Ministério Público, cujo interesse de *custos legis* se volta para proteção da ordem jurídico-democrática, a Defensoria Pública *custos vulnerabilis* se volta à busca do progresso jurídico dos necessitados como expressão democrática. Assim sendo, as intervenções institucionais do Ministério Público e da Defensoria Pública, embora com poderes similares, possuem finalidades distintas conforme a missão de cada órgão.

(6) Tratando-se de intervenção em prol do interesse institucional do Estado Defensor, o *custos vulnerabilis* tem seu paradigma atuacional em visão institucional-coletiva, inclusive ao estimular a formação de precedentes (vinculantes ou não), beneficiando o necessitado *lato senso*, até porque não se trata aqui de representação postulatória, pois a intervenção institucional *custos vulnerabilis* é pautada pela concepção ampla de necessitado, enquanto vulnerável jurídico ou organizacional, em harmonia com entendimento vinculante do STF (ADI n. 3943 e RE n. 733.433-RG) e ainda da Corte Especial do STJ (EREsp n. 1192577).

(7) Pautando-se na missão constitucional do Estado Defensor e na visão ampla do conceito de "necessitado", abre-se o caminho para a visualização do acusado como vulnerável frente aos órgãos persecutórios e punitivos do Estado – seja Polícia, Estado

Acusador ou Judiciário. Portanto, a *vulnerabilidade processual penal do acusado*, ou seja, o acusado como vulnerável frente às estruturas orgânicas punitivas do Estado, é um pressuposto para se pensar a Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* no Processo Penal. Assim, na relação processual penal, a atuação *custos vulnerabilis* se pauta na *vulnerabilidade processual penal* do acusado e não na vulnerabilidade material em um primeiro momento.

(8) Em parte, a vulnerabilidade processual-defensiva encontra um de seus pontos nodais na atuação do Estado Acusador em caráter dúplice em diversas instâncias, como *dominus litis*/recorrente e *custos legis*. Isto porque o Ministério Público tem a possibilidade de (re)forçar seu posicionamento e estimular a formação de precedentes interessantes à sua visão institucional em via dúplice a cada instância. A partir dessa constatação, deve sobressair *o método de interpretação histórica*, na qual se encontrará defensores públicos e os antigos promotores públicos dividindo o palco da mesma instituição de *Procuradoria de Justiça*. Assim sendo, a *origem paritária* deve remeter à *paridade de armas* na formação de precedentes, garantindo não só que o *dominus litis* fale acompanhado do *custos legis*, como o representante processual (advogado ou defensor público) se pronuncie guarnecido da manifestação do interveniente *custos vulnerabilis*.

(9) O primeiro referencial normativo para o *custos vulnerabilis* processual penal deve ser o registro da missão defensorial na Constituição, agregado à *autonomia* institucional permissiva de atuações autônomas e à *legitimação coletiva*, agora expressa (EC n. 80/2014). Em nível infraconstitucional, os destaques processuais penais vão à legitimidade como órgão de execução penal, aplicável inclusive a presos provisórios (LEP, art. 2º, p.u.) e, portanto, extensível à fase de conhecimento. Ademais, a cláusula geral de atuação em prol dos vulneráveis também deve ser fator legitimador da atuação interventiva *custos vulnerabilis* (LC n. 80/1994, art. 4º, XI), dentre outros.

(10) Obviamente, a atuação interveniente da Defensoria Pública deve seguir pauta "ético-jurídica", na melhor inspiração da *quarta onda renovatória* (Kim Economides). A intervenção *custos vulnerabilis* deve ser guiada por ideais ético-jurídicos, em especial pelo respeito à autonomia, beneficência e não-maleficência, mirando em atuação emancipatória e solidarista, reprimindo impulsos autoritários e meramente paternalistas. Afirmar-se que a atuação *custos vulnerabilis* deve ser paternalista ou ignorar a vontade do seu destinatário-beneficiário é, no mínimo, desconhecer a lógica-guia de sua criação.

(11) A atuação *custos vulnerabilis* tem limites, e um dele é seu objetivo perene: *in favor vulnerabilis* e, no Processo Penal, mirando-se na vulnerabilidade processual do acusado, *in favor defensionis*. Desse modo, o Defensor Público que intervém enquanto *custos vulnerabilis* tem vínculo com os interesses da defesa, com finalidade de reequilibrar a relação entre Estado Acusador e cidadão-acusado, com lastro na visão garantista de Luigi Ferrajoli. Portanto, não é penalmente adequado utilizar a intervenção institucional *custos vulnerabilis* para apoiar os interesses das vítimas no *Processo Penal*, ainda que vulnerável, pois para tal missão o instituto legislativo é a *assistência de acusação* pelo legitimado, devidamente representada por advogado ou defensor público.

(12) Eventual intervenção antidefesa do *custos vulnerabilis* deve ser considerada nula e, por isso, desentranhada. Assim, diante da lógica ético-jurídica paritária e garantista *in favor defensionis* que conduz o *custos vulnerabilis penal*, as manifestações defensoriais devem harmônicas ou mais benéficas ao acusado, enquanto vulnerável no Processo

Penal. Destarte, sendo a intervenção defensorial contrária e nociva aos interesses defensivos, a mesma deve ser desentranhada dos autos e, se for imprescindível à formação de precedentes, deve ser intimada a Defensoria Pública Geral para designar outro defensor público para atuar na posição como *longa manus*, aplicando-se, por analogia, o art. 28 do CPP.

(13) Em caso de acusado e vítima serem necessitados, ambos terão direito à atuação defensorial (LC n. 80/1994, art. 4º-A, V), sendo franqueado à vítima a atuação como assistente de acusação. Paritariamente, é possível atuação do Estado Acusador (e *custos legis*) e assistência de acusação, no polo ativo, e, por outro lado no polo passivo, do acusado e Estado Defensor (*custos vulnerabilis*), *in favor defensionis*, reequilibrando a relação processual.

(14) Em alguns casos, poderá ocorrer atuação *omissa* do Ministério Público em relação aos interesses da coletividade de vítimas vulneráveis ou ainda a *colisão* de interesses em nível coletivo-penal, entre comunidades vulneráveis – como pode ocorrer na formação de precedentes penais vinculantes, em IRDR's ou recursos repetitivos. Em tais casos, a intervenção defensorial apropriada é a, *ainda incipiente e controversa*, legitimação extraordinária penal de amiga da comunidade (*amicus communitatis*) decorrente da (*a*) atuação omissa quanto aos seus interesses penais pelo Ministério Público, quando será uma legitimação *supletivo-subsidiária*, ou (*b*) da colisão coletiva de grupos vulneráveis, quando poderá ocorrer *independente* e *autonomamente* na formação de precedentes vinculantes em favor de grupos vulneráveis vitimizados e desorganizados, por exemplo. Perceba-se que são hipóteses distintas: no primeiro exemplo, a atuação pode ocorrer na propositura de "ações penais públicas subsidiárias da pública" ou assistência de acusação e, na segunda hipótese, estimulando a visibilidade do interesse grupal na formação de precedentes.

(14.1) Tal condição de "amiga da comunidade" das vítimas vulneráveis, além de ser franqueada a partir da *legitimação extraordinária penal* oriunda da ordem jurídica (art. 18, CPC/2015 c/c art. 3º, CPP), das atribuições da Defensoria Pública (LC n. 80/1994, art. 4º, III, VII e XI), da legitimidade para atuação na formação de precedentes (Ex.: CPC/2015, art. 977, III) e da legitimação coletivo-penal da Defensoria Pública (CDC, art. 80 c/c art. 82, III, art. 117 c/c art. 21, LACP), dilata-se para além do Direito do Consumidor a partir do *diálogo das fontes* e de uma concepção de *microssistema coletivo* no Processo Penal, principalmente em favor da coletividade de vítimas (*in favor victimae*), como exemplificado com caso concreto no corpo do texto.

(15) Acerca da obrigatoriedade da intervenção defensorial, deve-se visualizar diferentemente *micro e macrolides processualizadas*, bem como a vinculação formal dos precedentes:

(15.1) Nos casos de *precedentes formalmente vinculantes* com potencial lesivo aos interesses dos vulneráveis, a atuação *custos vulnerabilis* deve ser considerada cogente, com a antecedente intimação-consulta acerca do interesse institucional, tratando-se de uma *macroatuação*, sobre a qual as partes não podem controlar o ingresso interventivo em razão da presença de um interesse coletivo decorrente da formação de precedentes vinculantes;

(15.2) Ao se tratar de casos *individuais* não hábeis a formarem precedentes vinculantes, possibilita-se, em princípio, tanto requerimento interventivo pela parte defensiva, quanto a rejeição a intervenção *custos vulnerabilis*. Contudo, tais faculdades poderão ser

excepcionalmente afastadas nas *microatuações* individuais quando o precedente ali formado venha a ser *paradigmático*, seja por *repetição ou por relevância social* na unidade jurisdicional em que se atua, quando então haverá preponderância democrática na participação defensorial por força da possibilidade de *autorreferência* judicial nos próximos julgados. A ideia, em tais casos, é também permitir, *ab initio*, a formação de precedentes respeitosos aos vulneráveis gerando economia, otimização e racionalização da atividade defensorial, a qual será positivamente afetada com a redução de atividade recursal ao médio prazo.

(16) Nas demandas de impacto nacional nos Tribunais Superiores, como STF e STJ, sem prejuízo da atuação autônoma das Defensorias estaduais e distrital, a atuação como *custos vulnerabilis*, salvo ulterior disposição legal, terá como defensor natural um membro da DPU e tal atuação *cooperativa* não impedirá às DPE's e à DPDF a atuação em cooperação interinstitucional, nas mais variadas posições processuais, tais como como representante postulatório, parte/recorrente/reclamante, *amici curiae* e até *amicus communitatis* – neste último caso, em caso de colisão parcial com o *custos vulnerabilis* natural em sua atividade de ponderação das vulnerabilidades, ou existindo interesse geográfico-institucional substancialmente distinto, bem como para evitar a sub-representatividade, invisibilidade e proteção deficiente de certos grupos vulneráveis uma vez demonstrada a representatividade defensorial. Nesse cenário plural-democrático, o *custos vulnerabilis* deve ser instrumento de *cooperação* e nunca de hierarquização dos interesses públicos que carregam cada ramo defensorial – aliás, como terceiro interveniente, seu papel é mais de coadjuvante cooperativo do que propriamente de protagonismo processual.

(17) Por fim, reitera-se que a responsabilidade do *custos vulnerabilis* por uma relação democrática, *horizontal-emancipatória*, bem como *solidarista*, pró-vulnerável, exige compartilhamento e diálogo com a defesa constituída. Trata-se de deferir inclusive *audiências e reuniões extrajudiciais* com os representantes postulatórios interessados na atuação cooperativa com a Defensoria Pública a fim de potencializar a defesa de direitos fundamentais dos necessitados e, se for o caso, fixando estratégias compartilhadas.

Em síntese, essas são as ideias lançadas ao debate sobre a perspectiva do *custos vulnerabilis* processual penal e também do enigmático (e controverso) papel processual penal do *amicus communitatis*.

XIV. REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto S. CASAS MAIA, Maurilio. O Estado-defensor e sua legitimidade para os pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. *Revista de Processo*, v. 239, p. 247-261, Jan. 2015.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AZEVEDO, Júlio Camargo. *Manual de Prática Cível para a Defensoria Pública*. 2ª ed,. Belo Horizonte: CEI, 2019.

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. 2ª ed. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Ed. Loyola, 2011.

CACICEDO, Patrick. Crítica científica a "Legitimação não tradicional da ação penal": De-

fensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 407-416, jan./abr. 2017.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Vol. II. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Capinas: LZN, 2002.

CASAS MAIA, Maurilio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.).*Coleção Novo CPC* – Doutrina Selecionada – V.1 – Parte Geral. 2ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2016, v. I, p. 1253-1292.

_____. A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88: Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. In: ROCHA, Bheron. CASAS MAIA, Maurilio. BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Autonomia e Defensoria Pública*: aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 57-78.

_____. *Custos Vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, nº 417, jun. 2014, p. 55-57.

_____. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

_____. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 56-58.

_____. O modelo constitucional de assistência jurídica (Defensoria Pública) e o sistema federativo: defensorias municipais? O caso da ADPF 279. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 987, p. 127-158, Jan. 2018.

_____. Os princípios do Advogado natural e do Defensor Natural. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, p. 56-59, vol. 123, Nov.-Dez. 2016.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Direito de defesa nos conflitos fundiários*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do movimento de acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia. In: Pandolfi, Dulce. [*et al*]. (org.). *Cidadania: Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fund. Getúlio Vargas, 1999.

ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FENSTERSEIFER, Thiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública*: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados. São Paulo: Saraiva/IDP, 2015.

_____. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

GERHARD, Daniel. CASAS MAIA, Maurilio. O defensor-hermes, o amicus communitas: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. *Informativo Juridico In Consulex*, Brasília, v. 22, p. 11-12, 1º Jun. 2015.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos: Teoria e Prática*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

______. ROCHA, Jorge Bheron. CASAS MAIA, Maurilio. *Custos Vulnerabilis*: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2019.

GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. *Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional de Defensoria Pública como expressão e instrumento do Regime Democrático: para além de sua função simbólica. In: Alves, Cleber Francisco. GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no século XXI*: novos horizontes e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à ação civil pública. In: ______; BENJAMIN, Antônio Herman. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; VIGORITI, Vicenzo. (Org.). Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Ed. RT, 2014.

KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril. Autorreferência como dever de motivação específico do stare decisis. *Revista de Processo*, n. 282, São Paulo, p. 411-433, Ago. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 79-102; MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-40.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de Oliveira. O que é Defensoria Pública? Qual é a sua Identidade? Concepções tangenciais da Hermenêutica Fenomenológica. In: CASAS MAIA, Maurilio. (Org.) *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. [Coleção Biblioteca do Estado Defensor, v. 1].

PAIVA, Caio. FENSTERSEIFER, Tiago. *Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2019.

______. Prática Penal para a Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIMENTEL, Renan Augusto da Gama. A atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1º do Novo Código de Processo Civil. In: CASAS MAIA, Maurilio Casas. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 167-168.

ROCHA, Bheron. ABDPRO #46 - Necessidade de sobrestamento dos processos a partir da

repercussão geral do RE 1140005, a Súmula 421, e a legitimidade ordinária da Defensoria Pública para recorrer exclusivamente de verbas sucumbenciais. *Empório do Direito*, de 15.8.2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-46-necessidade-de-sobrestamento-dos-processos-a-partir-da-repercussao-geral-do-re-1140005-a--sumula-421-e-a-legitimidade-ordinaria-da-defensoria-publica-para-recorrer-exclusivamente-de-verbas-sucumbenciais>. Acesso em: 19 fev. 2019.

______. A intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em favor de uma pessoa presa provisoriamente: um relato a partir da experiência no núcleo de assistência ao preso provisório e às vítimas de violência (NUAPP) da Defensoria Pública do Estado do Ceará. In: GOMES, Ana Carolina Neiva Gondim Ferreira. *Profissão Defensor Público*: teoria e prática; Fortaleza: Expressão Gráfica Ed./ADPEC, 2018, p. 66-76.

______. *Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5ª ed. Florianópolis: Editora EMais, 2019.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no Processo Penal Brasileiro. In: LIMA, Marcellus Polastri. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988: Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 227-243.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal Cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio. CRUZ, Rogério Schietti. *Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 67-81.

______. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 367-404, jan./abr. 2017.

______. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 175 – 244, 2012.

______. (Coord.). *I Relatório Nacional de atuações coletivas da Defensoria Pública*: Um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do Sistema de Justiça. Brasília: ANADEP, 2013.

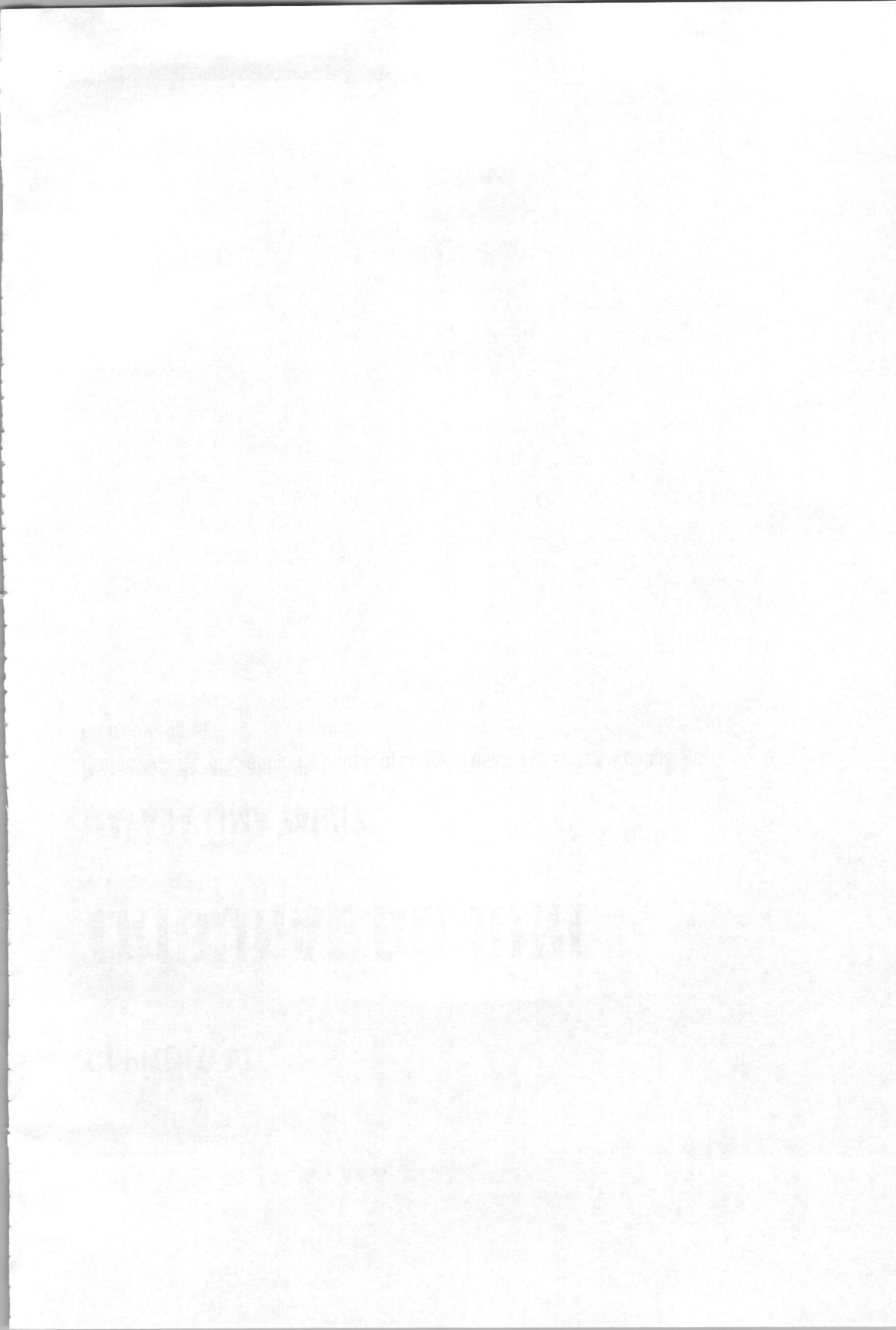
WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZUFELATO, Camilo. A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvandum*. In: Ré, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Temas aprofundados de Defensoria Pública*. V. 1. 2ª ed., 2ª tir. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 303-332.

CAPÍTULO VI

TRIBUNAL DO JÚRI

MAYARA LIMA TACHY

Professora da disciplina Direito Processual Penal. Defensora Pública do Distrito Federal

CAPÍTULO VI – TRIBUNAL DO JÚRI

O TRIBUNAL DO JÚRI E O *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

I. INTRODUÇÃO

O processo penal constitucional, estabelecido na Constituição Federal de 1988 como direito individual fundamental, se constitui em garantia de proteção do indivíduo face ao Estado, limitando o seu *ius puniendi*.

O direito penal não goza de autoexecutoriedade, não podendo ser aplicado de imediato pelo particular diante da prática de um delito. O princípio da necessidade do processo penal impõe, nos regimes democráticos, a ocorrência de um processo para a efetivação da pena prevista legalmente.

Aury Lopes Jr esclarece que a titularidade do Estado para apenar decorre da substituição da vingança privada, que se aplicava no antigo Código de Hamurabi. Segundo ele, "o Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal"[344].

O inciso LVII do artigo 5º (DA CF)) prevê o princípio da presunção de inocência - que alguns preferem denominar presunção de não culpabilidade, em razão da redação do nosso texto constitucional - como corolário do processo penal, estipulando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A presunção de inocência no processo penal é considerada regra de tratamento, norteando a postura estatal em relação àquele que figura no pólo passivo de uma investigação criminal, ponderando-se as restrições que lhe serão estabelecidas no curso da apuração, mas também regra de julgamento, segundo a qual a inocência será sempre presumida no caso de dúvida, devendo o magistrado absolver o acusado amparado no princípio *in dubio pro reo*.

Embora essa garantia alcance *status* constitucional, há momentos no processo penal em que se convencionou adotar o chamado *in dubio pro societate*. A decisão de pronúncia é um desses momentos, assim como o recebimento da denúncia.

O presente estudo tem como finalidade trazer uma reflexão acerca da existência e aplicabilidade dessa regra de julgamento no ordenamento processual penal, especialmente no que tange à decisão de pronúncia no rito especial do Tribunal do Júri, diante do viés constitucional, especialmente à luz da presunção de inocência.

II. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DO *FAVOR REI* NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O princípio da presunção de inocência, além de previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, configurando-se em verdadeira

---

[344] LOPES JR, Aury. *Fundamentos de Processo Penal: Introdução crítica*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 55.

proteção do indivíduo em face do poderio estatal, também carrega *status* convencional, estando disposto de forma ampla no artigo 8, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como *Pacto de San Jose da Costa Rica*.

Segundo a norma, "*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*". A acepção, ali, é de inocência, mais rica que a ideia de não culpabilidade, mas semelhante em efeitos práticos.

Como decorrência da presunção de inocência, a Convenção prevê uma série de garantias judiciais que consubstanciam o devido processo legal, base necessária do Estado Democrático de Direito, restando evidenciado o fundamental direito de defesa como garantia premente à própria existência da persecução penal.

A norma internacional entende que não há real presunção de inocência se ao acusado não for dado efetivo direito de defesa, com os meios e recursos inerentes a ela, adotando modelo que assegura um defensor proporcionado pelo Estado se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo legal, conforme previsão do Artigo 8, item 2, alínea *e*. No Brasil, esse direito está bem consolidado no formato público de Defensoria Pública estatal, finalmente instalado em todas as Unidades da Federação.

A Constituição Federal, nesse mister, veda o prosseguimento de qualquer acusação penal sem a observância do contraditório e da ampla defesa, em seu art. 5º, LV, da CF/88. Essa proteção constitucional é uma das razões fundantes da previsão da Defensoria Pública como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, garantidora dos direitos humanos e fiel guardiã do princípio da presunção de inocência a todos igualmente assegurado.

Todo réu é naturalmente débil, sendo essa condição estrutural, decorrente do próprio processo. Alerta Lopes Jr que "essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário"[345].

Por esse fundamento, no processo penal, a Defensoria Pública atua independentemente da hipossuficiência econômica do acusado, que é considerado presumidamene vulnerável diante do caráter punitivo do direito penal.

O direito penal age para reprimir as violações mais graves a bens jurídicos protegidos pelo direito, atuando de forma fragmentária ao proteger apenas os bens jurídicos mais caros à sociedade. Não deve, portanto, "sancionar todas as condutas lesivas a bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes"[346], constituindo-se em verdadeira limitação ao legislador.

Por esse fundamento, a reprimenda também é mais grave: a constrição do direito à liberdade do infrator.

Visando alcançar o objetivo constitucional, é necessário que se assegure a paridade de armas, estruturando uma defesa pública de igual qualidade e condições atribuídos

---

[345] Idem. p. 62.

[346] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol I. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54

à acusação pública. A esta, cabe o ônus de comprovar a acusação de forma concreta. Àquela, a responsabilidade de refutar acusações infundadas e, principalmente, garantir a existência de um processo justo, estritamente dentro da legalidade e a isonômica aplicação da lei penal, porém, não se retirando das mãos do acusador a carga probatória em relação a comprovar integralmente a acusação. Eis a aplicação prática do princípio contraditório por meio da perfectibilização do sistema acusatório.

Mas esse princípio nem sempre regeu o sistema processual penal. Na inquisição da Idade Média, a dúvida conduzia a uma semiprova, que poderia ensejar uma condenação, ainda que a uma pena mais leve. O surgimento do sistema acusatório remonta, então, à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, momento em que se começava a identificar uma necessidade maior de proteção do indivíduo[347].

O alcance efetivo do princípio demanda uma estrutura acusatória, tendo em vista que a inquisição se aproxima mais de uma presunção de culpabilidade. O sistema acusatório mantém o Estado inerte, à espera de que o acusador, no Brasil representado pela figura do Ministério Público ou do querelante, produza provas suficientes a afastar a presunção de inocência, pois esta decorre do texto constitucional.

O processo se inicia, portanto, com um réu inocente, que assim permanecerá, caso o acusador não se desincumba do ônus de comprovar a acusação inicial. O estado de inocência só se encerra com o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme previsão constitucional. A absolvição, por sua vez, tem o condão de restaurar a plenitude desse estado, que já era presumido.

Em um modelo acusatório ideal, o julgador permaneceria equidistante às partes[348], apenas conduzindo a ordem dos trabalhos, preservando as regras do jogo para que ambas ajam em igualdade de direitos. Esse julgador não poderia ter acesso aos elementos de informação produzidos na fase inquisitorial e seria "iluminado" pelas partes, que teriam iguais oportunidades de convencê-lo de suas teses. Nesse viés, privilegia-se a presunção de inocência, pois o magistrado ainda não teve contato com a tese acusatória para formar pré-juízos.

Nos termos do sistema atual, em que o juiz atua desde a fase pré-processual com carga decisória, inclusive decidindo acerca do recebimento ou da rejeição da peça que inaugura o processo penal, há uma tendência no reforço da tese acusatória, a qual já foi validada quando do recebimento da denúncia.

Alexandre Morais da Rosa, fazendo remissão ao conceito de dissonância cognitiva oriundo da psicologia, segundo o qual o cérebro humano busca coerência com comportamentos, opiniões e posturas anteriores, assevera que, sempre que surge uma nova informação, há uma tendência "a mitigar a dissonância com a modificação do compor-

---

[347] LOPES JR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal.* 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 94

[348] Defendendo a incompatibilidade da produção de provas pelo magistrado com a desejada imparcialidade, André Nicolitt afirma que "quando as partes esgotam a atividade probatória e o resultado desta revela-se uma situação de dúvida para o julgador, se o juiz, não resignado com a dúvida, inicia uma atividade probatória de ofício, passa a caminhar solitário em direção da condenação do acusado, já que, se proferisse seu julgamento no momento em que as partes encerram a atividade probatória, o réu seria absolvido". NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal.* 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 704/705.

tamento, a invalidação do argumento novo, o acolhimento da nova informação, mas com a desqualificação (da fonte/conteúdo) ou criando uma exceção, evitando a dissonância". Continua, esclarecendo que, "em geral, o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita etc.) o que não convém"[349].

Assim, far-se-ia necessária a originalidade do conhecimento do processo por parte do julgador, a fim de preservar o atributo da imparcialidade, garantia do indivíduo perante o Estado.

O projeto do novo Código de Processo Penal institui a figura do juiz de garantias, que teria o papel de atuar na fase pré-processual, analisando cautelares e meios de obtenção de provas, finalizando sua competência com o recebimento da denúncia. Nesses termos, o magistrado natural da causa apenas iniciaria sua atuação após a denúncia estar recebida previamente pelo juiz das garantias, otimizando-se a ideia de julgador imparcial e dotado de originalidade.

Essa mudança no sistema de competências no processo penal ainda permitirá impedir decisões antecipadas, decorrentes da atuação anterior do magistrado, que tendem a sempre buscar consonância ao longo do processo penal com as provas que vão sendo produzidas. A figura da prevenção, atualmente praticada, tende a provocar "justificativas consonantes forçadas (viés retrospectivo), ao mesmo tempo em que pode implicar na tendência à evitação de novos elementos dissonantes, em geral, com viés de confirmação"[350].

Por esses mesmos fundamentos, sempre objetivando a preservação do indivíduo ainda presumidamente inocente, criaram-se outras regras no jogo processual penal, a fim de que se chegue o mais perto possível do resultado justiça. A condenação de inocentes não será tolerada e as regras instituídas são a forma de efetivar essa garantia.

Aury Lopes Jr salienta que, por estar o processo penal pairado pela incerteza, devemos "definir uma pauta de garantias formais das quais não podemos abrir mão. É partir da premissa que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo"[351].

Ainda alerta:

É preferível um sistema que falhe em alguns casos por falta de controle (ou de limitação da esfera de liberdade individual) do que um Estado policialesco e prepotente, pois a falha existirá sempre. O problema é que, nesse último caso, o risco de inocentes pagarem pelo erro é infinitamente maior e este é um custo que não podemos tolerar sem resistir.[352]

Em matéria penal, portanto, garantia é forma e sua violação não se admite, sob

---

349 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction.* 3. Ed. Florianópolis: Emais, 2018. p. 17/18.

350 Idem. p. 18.

351 LOPES JR, Aury. *Fundamentos de Processo Penal: Introdução crítica.* 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 86.

352 LOPES JR, Aury. *Fundamentos de Processo Penal: Introdução crítica.* 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 88.

pena de nulidade do processo ou do ato viciado. Assim, a Constituição Federal também consagra a vedação às provas ilícitas e a necessidade de autorização judicial para a devassa da intimidade do indivíduo, como a busca domiciliar e a interceptação telefônica.

Esse conjunto de "benesses" concedidas a todos os acusados em processo penal consubstanciam o princípio do *favor rei*. Diante da debilidade do acusado na estrutura do processo, sua situação presumidamente vulnerável que atrai a atuação obrigatória da Defensoria Pública em sua assistência, a Constituição concede alguns benefícios legais para equilibrar a balança diante do poder estatal.

O Estado deverá então superar todas essas barreiras para alcançar uma condenação lícita e legítima, pois, violados esses direitos, ainda que haja convicção da prática de um crime por alguém, o processo penal é nulo e a condenação não se aperfeiçoará.

Isso deve ser encarado como proteção ao indivíduo contra atuações arbitrárias estatais, que possuem maior possibilidade de trazer prejuízos do que benefícios, com grandes riscos de erros judiciários irremediáveis, seguindo a premissa 'goldschmidtiana' de que o processo penal é um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da Constituição.

III. A DECISÃO FINAL DO JULGADOR NO RITO COMUM ORDINÁRIO

O rito comum ordinário se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa e se encerra com a sentença, que pode ser absolutória, condenatória ou declaratória de extinção da punibilidade, nos termos do enunciado nº 18 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Ao longo do processo, as partes poderão se manifestar, em igualdade de oportunidades, buscando o livre convencimento motivado do julgador, que decidirá pela procedência ou improcedência da pretensão estatal.

Desde o início do processo, porém, alguns elementos mínimos já devem ser trazidos pelo acusador, sob pena de rejeição da denúncia. Devemos ter em mente que o processo penal, por si só, já consiste em um gravame àquele que é colocado no pólo passivo. Por esse motivo, já nesse momento,

> É imprescindível que o acusador público ou privado demonstre a justa causa, os elementos probatórios mínimos que demonstrem a fumaça da prática de um delito (...). Não há, como no processo civil, a possibilidade de deixar a análise da questão de fundo (mérito) para a sentença, pois desde o início o juiz faz juízo provisório, de verossimilhança sobre a existência do delito.[353]

Não há que se falar em distribuição de carga probatória no processo penal, sendo atribuição integral do acusador[354] comprovar a sua tese, diante da presunção de inocência

[353] Idem. p. 146.

[354] André Nicolitt faz interessante diferenciação entre os conceitos de ônus e obrigação. Enquanto esta decorre de um dever destinado a terceiros, o ônus diz respeito a interesse da própria parte. Assim, caso a acusação não se desincumba de seu ônus probatório, arcará com a responsabilidade de não alcançar a condenação pretendida na ação. Não há qualquer obrigação na produção da prova, porém, a sua não produção inviabiliza o pleito acusatório. NICOLITT, André. *Manual de Processo*

que deve nortear o julgamento criminal. Dito isso, se rechaça a iniciativa em matéria de provas por parte do magistrado, pois essa postura "desequilibra a balança, mata o contraditório e fulmina a imparcialidade"[355], atributo tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Proferida a sentença, encerra-se a fase ordinária do processo e pode ou não ser inaugurada a fase recursal, caso haja a interposição de recurso por qualquer das partes ou se trate de hipótese de reexame necessário.

A decisão final de primeira instância, portanto, tem natureza jurídica de sentença e pode constituir título executivo idôneo para a execução da pena, quando dotada de caráter de definitividade pela não inauguração da etapa recursal.

Ela forma a culpa e permite a punição estatal. Por esse motivo, o princípio da presunção de inocência vige de forma plena nesse momento, como regra de julgamento, devendo necessariamente o magistrado absolver o acusado quando houver dúvida acerca de qualquer dos elementos do crime, inclusive sobre a existência ou não de circunstância que exclua o crime ou isenta o réu de pena.

O Código de Processo Penal (CPP) possui, nesse contexto, quatro possibilidades de absolvição lasteadas no *in dubio pro reo*, previstas no art. 386, incisos II, V, VII e VII, dentre as sete hipóteses. São elas: não haver prova da existência do fato; não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; não existir prova suficiente para a condenação.

O legislador deu um peso muito grande ao postulado *in dubio pro reo*, introduzindo ainda causa de absolvição mais aberta, quando não houver qualquer prova suficiente para a condenação, independentemente do elemento do crime que não tenho sido demonstrado. A dúvida, portanto, sempre deve conduzir a uma absolvição, pois nenhum sistema jurídico se beneficia de condenações injustas.

Não tendo o acusador público ou privado conseguido comprovar as alegações que o fizeram buscar a tutela estatal, ainda que a defesa nada produza em favor do acusado, a absolvição será o único resultado possível, pois a carga probatória em processo penal está sob o ônus da acusação de forma preponderante.

IV. A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO DE PRONÚNCIA E O *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

Distintamente do rito comum ordinário, a decisão de pronúncia nunca terá o condão de formar definitivamente a culpa do acusado, sob pena de invadir a competência constitucional prevista no art. 5º, XXXVIII, *d*. Essa competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não é da Vara do Tribunal do Júri, mas dos sete jurados que formarão o Conselho de Sentença após o sorteio e escolha pelas partes.

A Constituição previu a instituição do Tribunal do Júri como uma garantia ao acusado de que, ao menos nesses crimes, será julgado pelos seus pares, a fim de conferir

---

Penal. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 693.

[355] LOPES JR, Aury. *Fundamentos de Processo Penal: Introdução crítica*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 70.

maior justiça em uma decisão colegiada.

Sob esse fundamento, o Código de Processo Penal (CPP) definiu que a primeira fase do procedimento escalonado do desse rito especial funcionaria como um filtro realizado pelo juiz togado da existência de prova da materialidade e indícios de autoria, evitando conduzir aos juízes leigos causa completamente desprovida de lastro probatório mínimo.

A fim de evitar condenações injustas, o CPP previu que o magistrado poderá, em vez de encaminhar o processo para julgamento por esse colegiado, arquivar de plano o feito quando não produzido lastro probatório mínimo, por meio da decisão de impronúncia, ou até mesmo absolver sumariamente quando a inocência do acusado, por alguma das hipóteses do art. 415 do CPP, estiver cabalmente demonstrada. Pode ainda perceber que claramente o fato não constitui um crime doloso contra a vida, não se enquadrando na competência constitucional do Conselho de Sentença, e remeter os autos para o julgamento por outro juiz togado competente para o julgamento do crime remanescente, que poderá absolver ou condenar o réu por qualquer outro crime, desde que não se trate de um doloso contra a vida. Apenas uma modalidade de decisão, das quatro possíveis, conduz à inauguração da segunda fase do Tribunal do Júri, firmando a competência constitucional.

Essas consequências distintas da pronúncia deixam ainda mais evidente que a competência constitucional do Tribunal do Júri é uma garantia do indivíduo e não da sociedade, pois não se exige a formação do Conselho de Sentença para absolver o acusado, o que pode ser feito diretamente pelo magistrado por meio de decisão monocrática, mas tão somente quando possa advir uma decisão condentatória. É forma, é proteção, é garantia.

Por esse motivo, o juiz realiza nessa fase um filtro processual, excluindo qualquer das demais hipóteses, a fim de que o Conselho de Sentença possa exercer seu mister constitucional de forma plena.

Não deve, portanto, o julgador da primeira fase realizar qualquer juízo de valor com caráter de definitividade nesse momento, sob pena de influenciar indevidamente o corpo de jurados, que receberá a decisão de pronúncia como peça obrigatória no começo do julgamento, conforme previsão expressa do artigo 472, parágrafo único, do CPP.

Com esse objetivo, há precedentes[356] dos Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça vedando o chamado excesso de linguagem, que ocorre quando o magistrado ultrapassa a tênue linha entre emitir juízo de admissibilidade e emitir juízo de valor sobre o caso concreto. A fundamentação da opção pela pronúncia, em detrimento das demais opções, deve se limitar à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, de forma fundamentada certamente, devendo ainda prever o tipo penal incurso contendo as qualificadoras e causas de aumento de pena, porém, de forma sucinta.

Percebendo se tratar de crime doloso contra a vida, surge então a figura do juiz presidente, o qual não se confunde com o julgador do rito comum ordinário. O juiz presidente deve evitar qualquer atitude que demonstre sua tendência a condenar ou absolver o acusado, pois seu papel passa a ser de mero condutor dos trabalhos, um fiscal do seu bom andamento, conforme se depreende de suas atribuições definidas no art. 497

---

[356] Vide RHC 127522/BA (STF) e AgRg no REsp 1536083/MT (STJ).

do CPP.

Assim, diante do conteúdo de mera admissibilidade que integra a decisão de pronúncia, sua natureza não pode ser de sentença, mas de decisão interlocutória mista não terminativa, pois não encerra o processo, apenas inaugurando a próxima fase, chamada de *iudicium causae*.

Não se deve, entretanto, banalizar a referida decisão, que possui um relevante papel na realização do preceito constitucional: é ela que vai definir se deve ou não ser inaugurada a competência do Conselho de Sentença. Essa decisão, portanto, demanda grande responsabilidade do magistrado, que deve se abster de encaminhar ao juiz leigo, que não tem conhecimentos jurídicos, causa temerária.

O filtro processual a ser realizado nesse momento é de suma importância, pois o jurado não fundamentará seu voto, nesse julgamento em que remanesce o sistema de íntima convicção da valoração da prova. Não havendo pelo magistrado uma análise de possibilidade da tese acusatória, ou até mesmo de probabilidade, podemos estar diante de uma condenação sem qualquer prova.

Ao pensarmos no Tribunal do Júri como uma garantia indivíduo, essa hipótese jamais poderá ocorrer, pois lhe estaria sendo subtraída a certeza de absolvição com base no *in dubio pro reo*, norte de atuação do julgador togado do qual não pode se afastar jamais, conduzindo-o a hipótese de possível condenação com base no mesmo postulado que deveria ser utilizado numa absolvição - uma subversão da garantia constitucional[357].

Em que pese a relevância do momento processual da decisão de pronúncia, condicionou-se falar que nesse momento vigora o *in dubio pro societate*, devendo a dúvida se resolver em favor da sociedade.

A maioria da doutrina e da jurisprudência, de forma reiterada, fundamenta a utilização do brocardo sob a alegação de que, nessa fase processual, realiza-se mero juízo de admissibilidade da acusação, firmando ou não a competência constitucional do Conselho de Sentença.

Citam genericamente o artigo 413 do Código de Processo Penal, segundo o qual "o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação", para justificar a análise superficial da prova produzida em contraditório, justificando em sintonia que não é dado ao magistrado realizar análise aprofundada do conteúdo probatório dos autos.

Com base nesse fundamento, utilizam a garantia constitucional do Tribunal do Júri em prejuízo do próprio acusado, permitindo que qualquer indício, por mais leviano que seja, conduza a causa para julgamento pelos jurados leigos, argumentando não ser possível ao juiz togado subtrair a competência soberana destes.

Tourinho Filho rechaça essa postura do magistrado:

---

[357] Essa ideia também é sustentada por Vicente Greco: "a função de juiz togado na fase da pronúncia é a de evitar que alguém que não mereça ser condenado possa sê-lo em virtude do julgamento soberano, em decisão, quiça, de vingança pessoal ou social." GRECO, Vicente. *Questões polêmicas sobre a pronúncia*, in *Tribunal do Júri*, coord. Rogério Lauria Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 118/119.

> Não faz sentido o Juiz da pronúncia, por comodismo ou coisa que valha, limitar-se a dizer: 'como o Tribunal popular é o Juiz natural nos crimes dolosos contra a vida, caber-lhe-á, às inteiras, constatar se há ou não esses indícios'. Ora, essa função é do próprio Juiz togado. Ele somente poderá determinar seja o réu julgado pelo Tribunal do Júri se estiver convencido, ante indícios suficientes, de ter sido o réu o autor do crime. "Fundamentadamente", diz o texto legal. Se o Juiz entender que os indícios não o convenceram, é um não senso, o *nec plus ultra* do absurdo, pretender o Magistrado que os leigos tenham mais visão que ele...[358]

Por esse motivo, Alexandre Morais da Rosa trata desses adágios forenses como verdadeiros facilitadores, que evitam a necessidade de aprofundamento pelo julgador e trazem conforto. Segundo ele,

se o tema já está decidido, muitos não aderem ao verbete sumular por reflexão, mas por mera adesão. Não há trajeto reflexivo quando o ponto de chegada já está dado. Daí a criação de heurísticas, 'mantras de sentido', adágios, lugares comuns, táticas informais, intuitivas e especulativas que podem gerar padrões de acerto e, também, de erro.[359]

Essa atitude do magistrado que se exime de decidir, encaminhando todas as causas ao tribunal popular, porém, constitui um grande erro, como bem observado acima por Tourinho Filho, pois conduz aos juízes leigos causa extremamente temerária, colocando o princípio da presunção de inocência em grande risco. Para o processualista, muita cautela deve ter o magistrado nesse momento, para identificar indícios convincentes, não bastando mera suspeita[360].

A desconsideração da relevância desse momento processual na formação da decisão pelo Conselho de Sentença permite ainda o risco de se considerar qualquer elemento em desfavor do acusado como suficiente, passando-se mesmo por cima de regras básicas do processo penal, como aquela prevista no artigo 155 do CPP.

O artigo 155 prevê que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

Essa regra tem como razão de ser a impossibilidade de se validar elementos produzidos sem contraditório e ampla defesa em detrimento daqueles produzidos sob o manto dessas garantias. Para a lei, o elemento de informação somente adquire valor probante quando corroborado por outros elementos produzidos em contraditório.

Lara Teles Fernandes explica que

o contraditório possui um papel essencial na elucidação da refutabilidade de uma

---

[358] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 762.

[359] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction*. 3. Ed. Florianópolis: Emais, 2018. p. 22.

[360] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 762.

hipótese acusatória, o que ocasiona a leviandade de adoção de um elemento informativo, por exemplo, produzido no inquérito policial e não renovado em juízo sem que à parte contrária tenha sido oportunizada a sua refutação, seja por meio de questionamentos, quando se tratar especificamente de prova testemunhal, seja por possibilidade de produção de contraprova[361].

Embora não seja ainda solução suficiente, a utilização do artigo 155 do CPP, ao menos, tem o condão de fulminar condenações com base exclusivamente em elementos produzidos em procedimento inquisitivo, sigiloso e desprovido de garantias como regra.

Entretanto, a redação do artigo permite que o magistrado se utilize dos elementos do inquérito para complementar seu convencimento, desde que também haja provas produzidas em contraditório judicial. André Nicolitt critica: "na medida em que a *prova* insuficiente do processo contraditório é complementada com as *informações* do inquérito (não contraditório), formando a convicção condenatória do julgador, estamos convictos de que os elementos inquisitivamente colhidos foram decisivos para a condenação, vulnerando o contraditório e a presunção de inocência"[362].

Portanto, *a contrario sensu*, ausentes os elementos de informação do inquérito, o magistrado não teria elementos suficientes produzidos sob o manto do contraditório. Só restaria a ele, portanto, absolver o acusado com fundamento no *in dubio pro reo*. Esse "atalho" concedido pelo Código de Processo Penal seria, portanto, inconstitucional, por permitir a condenação dissociada do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça, de forma preocupante, vinha decidindo de forma reiterada que o frágil direito previsto neste artigo 155 do CPP não se aplicaria à decisão de pronúncia[363], sob o fundamento de ausência de definitividade dessa decisão, que teria o objetivo de realizar mero juízo de admissibilidade da acusação, desconsiderando o relevante valor da pronúncia.

Ocorre que não há qualquer exigência legal de que novas provas sejam produzidas na segunda fase do procedimento escalonado. Embora haja a previsão de uma instrução em Plenário, não há a sua obrigatoriedade, podendo o julgamento transcorrer apenas com os debates, caso as partes não desejem ou não consigam produzir outras provas.

Nesse contexto até bastante comum, estar-se-ia entregando aos jurados, para julgamento definitivo, considerada a soberania dos veredictos, causa fundada única e exclusivamente em elementos de informação da fase inquisitorial, violando de forma transversa o disposto no art. 155 do CPP.

Felizmente, os ventos da mudança parecem ter surgido no Tribunal da Cidadania,

---

[361] FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 36.

[362] NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 699.

[363] "A jurisprudência desta Corte admite que os indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia, que configura mero juízo de admissibilidade da acusação, decorram dos elementos probatórios colhidos durante a fase inquisitorial" STJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 940.967/DF, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/3/2017, DJe de 7/4/2017. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=940967&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 06 out. de 2019.

que entendeu em decisão de sua 5ª Turma ser inviável a pronúncia de acusado com base em elementos da fase inquisitorial, não podendo vigorar o *in dubio pro societate* quando os elementos trazidos sequer possuem valor probatório, por terem sido produzidos sem a existência do contraditório[364].

IV.1. DA DEFINIÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS

Por se tratar de uma ciência jurídica em que o objetivo principal é a realização da efetiva justiça, com condenações e absolvições igualmente justas, mister se faz a definição de determinados padrões de atuação nas decisões para a obtenção de um ou outro resultado.

A ausência de padrões afasta cada vez mais o resultado justiça, na medida em que autoriza a discricionariedade do julgador, a qual tende a se converter paulatinamente em arbítrio. Como salientado antes, forma em processo penal é garantia.

Não é dado ao agente estatal incumbido de julgar as lides propostas perante o Judiciário decidir sem critérios e ao sabor de suas opiniões pessoais. O sistema da íntima convicção não vige no processo penal como regra, tendo sido substituído pelo livre convencimento motivado. O juiz togado deve decidir de acordo com seu convencimento, porém, deverá estar amparado em um conjunto probatório formado no processo em contraditório e dentro dos parâmetros legais e constitucionais.

Segundo Matida, "não sobra qualquer racionalidade em se preservar um desenho institucional que possibilite decisões condenatórias fundamentadas numa supervalorizada referência ao 'convencimento do juiz'", razão pela qual "os *standards* de prova integram precisamente um horizonte de refexões sobre soluções institucionais às limitações cognitivas que acometem os juízes"[365].

Nesse contexto, o artigo 155 do Código de Processo Penal veda peremptoriamente a condenação de qualquer pessoa com base exclusivamente em elementos da fase inquisitorial, limitando o convencimento do magistrado, que deve privilegiar o contraditório e a ampla defesa, bases fundantes do processo penal constitucional.

Essa previsão já constitui um *standard* probatório mínimo: não serão aceitas, para fins de condenação, provas meramente inquisitoriais. Mas qual será o *standard* probatório necessário para uma condenação? Bastaria a produção de qualquer elemento, desde que judicializado?

Ensina Aury Lopes Jr:

> É importante destacar que o processo penal adota um sistema escalonado que vai refletir o grau de sujeição do imputado e de diminuição do seu *status*

---

[364] STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 1740921/GO. DJ 19/11/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747783&num_registro=201801137547&data=20181119&formato=PDF. Acesso em 06 out. de 2019.

[365] MATIDA, Janaina. Standards de prova: A modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. Disponível em: https://www.academia.edu/39554898/MATIDA_Standards_de_prova_A_mod%C3%A9stia_necess%C3%A1ria_a_ju%C3%ADzes_e_o_abandono_da_prova_por_convic%C3%A7ao, Acesso em: 2 de out. de 2019, p. 95.

> *libertatis*. O processo penal é um sistema escalonado e como tal, para cada degrau, é necessário um juízo de valor. Essa escada é triangular, pois pode ser tanto progressiva como também regressiva de culpabilidade (no sentido de responsabilidade penal). A situação do sujeito passivo passa de uma situação mais ou menos difusa à definitiva com a sentença condenatória ou pode voltar a ser difusa e dar origem e uma absolvição.[366]

A definição de *standards* probatórios para a condenação penal consiste na seleção do nível de suficiência probatória admitida para afastar a presunção de inocência, passando o imputado a ser considerado culpado.

Para tanto, preponderará o grau de importância que o sistema atribui a condenações injustas. Quanto menos importância se atribui, menor será o *standard* probatório exigido para a condenação, pois aquela sociedade está disposta a pequenos sacrifícios a fim de evitar a impunidade, ainda que inocentes sejam condenados.

Marina Gaston Abellán entende que, para a definição em cada sociedade de seus padrões de suficiência, devem ser levados em consideração, *"por lo tanto, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, y en consequencia más o menos exigente"*[367].

Em um sistema acusatório, a noção de verdade real deve ser afastada como objetivo do processo, entendendo-se, conforme posicionamento de Marinoni e Arenhart, que "o processo não é compreendido como espaço de reconstrução de fatos - já que, segundo tais processualistas, a descoberta da verdade é um mito - mas sim, como 'palco de argumentação'"[368].

A busca é pelo convencimento do julgador, que deve realizar a valoração da prova produzida em contraditório de acordo com os *standards* probatórios admitidos naquela sociedade. A verdade é, pois, relativa[369], e depende da sua conformação com os elementos de prova produzidos de forma lícita no processo penal.

Depende ainda da "intermediação com a linguagem, influenciada por suas pré-compreensões racionais ou instintivas, o que faz recriar a realidade de um modo precário"[370].

Assim, com especial atenção deve ser valorada a prova testemunhal. De acordo

---

[366] LOPES JR, Aury. *Fundamentos de Processo Penal: Introdução crítica*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 146.

[367] ABELLÁN, Marina Gaston. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Disponível em: https://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf. Acesso em 2 de out. de 2019.

[368] FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 41.

[369] Segundo André Nicolitt, "a opção constitucional pela verdade não o é por qualquer verdade, senão uma verdade alcançada com respeito às garantias individuais, entre elas a dignidade, o contraditório e a ampla defesa. Não optou o constituinte por uma verdade absoluta, alcançada por qualquer meio, mas, sim, por uma *verdade mínima* ou relativa, uma verdade possível e limitada pelos procedimentos e pelas garantias da defesa". NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 691.

[370] FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 47

com o *Innocence Project*, 69% das condenações revistas por DNA, a partir da atuação de projeto, haviam sido fundamentadas em reconhecimentos equivocados. Além disso, 28% dos casos representavam falsas confissões. Esses dados são alarmantes.[371]

Por estar a nossa Constituição Federal fundada em um sistema acusatório, em que se alçou o princípio da presunção de inocência ao *status* de direito individual, a carga probatória se concentra nas mãos da acusação, seja ela pública ou privada, a quem incumbe comprovar todos os elementos do crime, assim como suas eventuais qualificadoras e causas de aumento.

Ao magistrado, também não caberia a complementação da prova, pois não é parte no processo, devendo apenas assegurar oportunidade a ambas as partes de produzir todos os elementos de prova que puderem, dentro da legalidade. A incompetência acusatória em comprovar sua tese não deve ser suprida pelo juiz, que deve valorar o que foi produzido oportunamente com fundamento no *in dubio pro reo.*

Nesse ponto, entra a relevância na "valoração da prova como a análise do nível de força justificadora que um meio probatório por oferecer a uma certa crença-premissa, que irá se confirmar ou não, a depender do grau de confirmação que se exija para considerar um fato como provado"[372].

Por esse motivo, "a decisão da escolha da hipótese fática prevalecente, no processo penal, em regra, tem por protagonista a hipótese acusatória, que será adotada ou rechaçada, estando ela em conflito ou não com hipóteses defensivas de caráter afirmativo".[373]

Não há ônus à defesa de provar a inocência do acusado, que tem um papel eminentemente protetor de direitos e garantidor da licitude do processo penal, diante da ampla proteção ao indivíduo consolidado no artigo 5º da Constituição, em diversos incisos.

A análise da suficiência da prova, portanto, perpassa pela sua produção, que deve observar determinadas regras mínimas de proteção, porém, tem sua principal incidência na valoração a ser realizada pelo julgador, devendo a prova ser preponderante o suficiente para justificar o *ius puniendi,* devido à necessária intervenção mínima do direito penal.

Para evitar o decisionismo, deve ser o *standard* considerado "atingido no momento que o grau de confirmação da hipótese atinge o padrão de correção pré-determinado"[374].

Não se adota mais o sistema da prova tarifada, portanto, a tão só produção da prova não basta para a confirmação da crença, da hipótese. Não há uma pontuação atribuída à prova "x" ou "y", sem que haja necessidade de se debruçar sobre o conteúdo e a qualidade do elemento produzido.

Muito se fala nos padrões norte-americanos de *standard* probatório, sendo o *"beyond any reasonable doubt" (BARD)* ou "acima de qualquer dúvida razoável" aquele utilizado

---

[371] Innocence Project. DNA Exonerations in the United States. Disponível em: https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/. Acesso em: 05 de out. de 2019.

[372] FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração.* Florianópolis: Emais, 2019. p. 63.

[373] Idem. p. 109.

[374] Idem. p. 110.

para as condenações criminais, por ser o mais rigoroso. A vagueza da definição, entretanto, é objeto de críticas e pode dificultar a análise racional da decisão do julgador. Afinal, qual o ponto em que uma dúvida é considerada razoável?

Os padrões norte-americanos não se limitam, entretanto, ao *BARD*, abrangendo também o *preponderance of evidence* e o *clear and convincing evidence*, sendo esta posição intermediária e aquela mais branda, razão pela qual costumam ser adotadas no processo civil. Ali, o risco de erros tem menor relevância, pois se discutem direitos eminentemente privados, "a lógica, como se vê, é de exigir mais das hipóteses fáticas mais gravosas sejam as consequências delas extraídas"[375].

No Brasil, há precedentes do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais se utilizando da expressão norte-americana, porém, por ausência de critérios objetivos que a definam, não parece ainda ser a melhor forma de decidir, sem a definição de critérios mais objetivos de aferição, por acabar conduzindo a uma aproximação do sistema da íntima convicção.

Deve a própria prova ser objeto de valoração racional pelo julgador, que analisará ainda os elementos que conferem credibilidade e segurança em relação às informações que nela se consubstanciam para então decidir pelo acolhimento ou não das hipóteses que lhe forem submetidas.

A suficiência da prova, longe de ser mais um adágio forense, deve ser aferível de forma intersubjetiva, ou seja, deve ser possível que outros sujeitos cheguem ao mesmo resultado através da valoração da mesma prova.

Essa análise de conformação entre a verdade e a prova, "bem como a definição de até onde a verdade pode ser colhida por meio das provas disponíveis em um processo, deságua inevitavelmente na fundamentação da decisão judicial, sendo esta a chave do liame existente em uma decisão judicial entre prova e verdade"[376].

Continua Lara Teles Fernandes, afirmando

A decisão do juiz é tão complexa e não consiste somente em optar por uma narrativa em detrimento da outra. Em razão de ser possível haver mais de uma versão sobre o fato, o julgador deve escolher aquela que seja mais adequada para a resolução da controvérsia, sendo a decisão mais justa quanto mais levar em consideração todos os fatos postos que estão na realidade do conflito, inclusive com menção aos argumentos e provas disponíveis que se contrapõem à fundamentação da narrativa decisória adotada[377].

Ao final, portanto, ao optar por uma versão em detrimento de outra, seja ela acusatória ou defensiva, deve o magistrado se debruçar sobre todo o conteúdo probatório produzido em contraditório judicial, inclusive aqueles elementos que reforcem a tese contrária, justificando o motivo de sua desconsideração na decisão. Isso porque, segundo Guerra, a

---

375 MATIDA, Janaina. VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho/2019, p. 231.

376 FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 48.

377 Idem. p. 49.

valoração da prova é, precisamente, aquela segundo a qual a força probatória é uma qualidade sujeita a gradações. Isto quer dizer que a justificação de uma crença, em alguns casos, pode ocorrer em diferentes 'graus', no sentido de nem sempre existir apenas duas possibilidades: ou uma crença é (totalmente) justificada ou não o é. Dependendo do tipo de justificação, uma crença pode estar mais justificada do que outra[378].

Há duas formas de se valorar a prova: a análise isolada dos elementos probatórios produzidos no processo ou a construção de histórias com base nesses mesmos elementos que justifiquem o acontecimento. Ambos, de forma isolada, apresentam falhas, razão pela qual a combinação das metodologias produz resultados mais adequados. Constrói-se uma história com as narrativas, contudo, apenas se utiliza dos elementos probatórios individualmente considerados idôneos para confirmá-la. A doutrina denomina esse modelo como híbrido.

Lara Teles Fernandes ressalta, porém, que "não se faz suficiente que a história seja coerente e corresponda às provas dos autos: deve ainda prevalecer sobre histórias alternativas, após um juízo comparativo, e que, para serem afastadas, deve-se ofertar justificativa idônea"[379]. A versão que conduz à inocência do acusado, especialmente, demanda essa justificativa. Assim, deve ser razoavelmente comprovada a hipótese acusatória, mas também devem ser adequadamente refutadas as hipóteses que conduzam à inocência do acusado[380].

Essa análise acurada do caderno probatório evita a desconsideração de conteúdo relevante em razão de mera dissonância cognitiva, segundo a qual o juiz simplesmente tende a ignorar elementos que refutam a tese escolhida. Tem ainda a função de colocar as hipóteses na balança, identificando a preponderância de uma ou outra tese submetida ao julgamento.

Realizada essa análise detida, caso ainda reste dúvida ao julgador dentro do *standard* definido naquele sistema, não se obteve a suficiência pretendida e o caminho não poderá ser outro que a absolvição. Não importa que o magistrado, portanto, "esteja, por qualquer razão , convicto da culpa do acusado; tal 'certeza' não legitima eventual condenação se ele não conseguir indicar as provas lícitas e incriminadoras constantes dos autos"[381].

A definição do *standard* probatório de determinado sistema, por fim, tem a ver com a importância que se atribui à presunção de inocência:

Um *standard* de prova penal mais elevado serve ao objetivo de reduzir a condenação de inocentes porque dificulta as condenações em geral. Em todos os processos, exige

---

[378] GUERRA, Marcelo Lima. Prova judicial: uma introdução. Boulesis Editora, 2015, p. 86.

[379] FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Emais, 2019. p. 82.

[380] Nicolitt conclui, de forma exemplar, que "a motivação do juiz é uma justificação adequada da condenação apenas se, além de apoiar a hipótese acusatória em provas não contraditadas por contraprova, demonstrar que a hipótese acusatória, comprovadamente, desmente todas as outras contra-hipóteses e contraprovas formuladas e formuláveis". NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 725.

[381] MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 581.

mais da hipótese acusatória para considerá-la verdadeira. O outro lado da moeda é que, para proteger inocentes do risco de condenações injustas, tornaríamos as absolvições de culpados mais fáceis de ocorrer[382].

Assim, a sua fixação demanda uma escolha política em que se deveria aceitar mais a produção de um tipo de erro, consistente na absolvição de culpados, do que outro tipo, que pode conduzir à condenação de inocentes.

IV.2. DO *STANDARD* PROBATÓRIO PARA A DECISÃO DE PRONÚNCIA

A decisão de pronúncia não forma a culpa e não condena. É juízo de admissibilidade que conduz o julgamento à competência popular, vetor da democracia no Poder Judiciário.

Por não decidir o mérito, razoável que não se exija, nesse momento, a robustez probatória que justifica uma condenação, tendo em vista que esta pode não se aperfeiçoar no momento do julgamento.

O julgador é humano e suas características não podem ser ignoradas, sendo irreal esperar que decida de forma exclusivamente racional. E nem se deseja tanto, pois o sistema de prova tarifada, buscando trazer certa racionalidade ao processo penal, ocasionava ainda mais injustiças.

Porém, há de se cuidar para não cair nas armadilhas emocionais humanas. Segundo Alexandre Morais da Rosa[383],

> os impasses da razão nos convocam a repensar a paixão pela desresponsabilização, as explosões de ódio - real e simbólico -, a luta por direitos (sociais, minoriais, econômicos, etc.) (*sic)* e a tendência às decisões prontas, aos protocolos que excluem o sujeito/jogador do papel de decidir e pagar o respectivo preço por seus atos, especialmente quando a eficiência - lógica de meios - suplanta a lógica da eficácia e promove um giro de compreensão.

Deve, portanto, estar fundada em elementos probantes suficientes mínimos para evitar a condução de causas temerárias ao juiz leigo. Qual a medida de suficiência que se exige, portanto, para essa decisão? Qualquer dúvida deve se resolver em favor da sociedade?

Larry Laudan defende que deve haver "uma variação do *standard* a depender da severidade da punição, e também para os diferentes momentos processuais, como o recebimento da denúncia, decretação de medidas cautelares, e finalmente, (*sic)* a condenação"[384].

---

[382] MATIDA, Janaina. Standards de prova: A modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. Disponível em: https://www.academia.edu/39554898/MATIDA_Standards_de_prova_A_mod%C3%A9stia_necess%C3%A1ria_a_ju%C3%ADzes_e_o_abandono_da_prova_por_convic%C3%A7ao, Acesso em: 2 de out. de 2019. p. 100.

[383] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction.* 3. Ed. Florianópolis: Emais, 2018. p. 29.

[384] LAUDAN, Larry. Truth, error, and criminal la. An Essay in legal epistemology. Cambridge University Press, 2006, p. 55. *apud* FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração.* Florianópolis: Emais, 2019, p. 112.

Janaína Matida faz uma comparação do brocardo em análise ao *BARD*, destacando que o *BARD*, no contexto de um processo penal ainda regido por uma cultura e por um Código inquisitorial, acaba cumprindo função oposta daquela que seria desejável de um *standard* (ou seja, atua veradeiramente como um *anti-standard* de prova, tal como só ocorrer (sic) no caso do *in dubio pro societate*), pois opera como uma espécie de gatilho retórico, que faz crer a decisão e o raciocínio probatório nela empregados cumpriram as exigências de fundamentação e racionalidade, quando, em verdade, não se fez nada disso.[385]

Aury Lopes Jr entende que "não se pode admitir que juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário". Continua afirmando que "a dúvida razoável não pode conduzir a pronúncia"[386].

O processualista vai além: entende que a excludente de ilicitude verossímel a ponto de gerar dúvida razoável, embora não extreme de dúvidas, deve conduzir à absolvição sumária do acusado[387].

Nicolitt entende que, "para que haja a prolação da pronúncia, o Código de Processo Penal exige indícios suficientes de autoria: o crime deve ser certo quanto a sua existência material e provável quanto a sua autoria, não bastam simples suspeitas de autoria, exigem-se indícios fortes que apontem o réu como possível autor do fato criminoso"[388].

Nesse contexto, também para a decisão de pronúncia deve ser adotado *standard* probatório diferenciado, mais robusto que aquele necessário para o recebimento da denúncia, porém, menos consistente que o exigido para a condenação, lastreado em juízo de probabilidade.

IV.2.1. ESTUDO DE CASO: O *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E O JULGAMENTO ARE 1.067.392 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Em março de 2019, o STF se deparou com mais um recurso extraordinário para discutir questão que já era quase intocável na jurisprudência da Corte, em que pese consideráveis críticas doutrinárias: a vigência do *in dubio pro societate*. A defesa dos acusados Reginaldo e Cleiton buscava reverter uma decisão de pronúncia efetivada pelo Tribunal de Justiça do Ceará que os pronunciou, após impronúncia pelo magistrado de 1º grau.

O caso era de 2008. No inquérito policial, havia relatos de que Bruno, Reginaldo e Cleiton haviam agredido "Zé do Dudé", na véspera do suposto homicídio. No dia dos

---

385 MATIDA, Janaina. VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho/2019.

386 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 799

387 Nicolitt entende também que cabe à acusação comprovar todos os elementos do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, afastando a presunção de inocência, de viés constitucional. Havendo dúvida sobre qualquer desses elementos, conclui que essa dúvida deve se resolver em favor do acusado, "pois não se pode mitigar o princípio *in dubio pro reo*, aplicando-o parcialmente". NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 695.

388 Idem. p. 556.

fatos, Bruno e Emerson passaram procurando por ele no início da noite. Mais tarde, ele foi morto a pedradas.

Segundo testemunhas oculares, Bruno teria jogado uma pedaço de calçamento grande que acertou a vítima na cabeça, golpe que teria sido a provável causa da morte. Reginaldo e Cleiton teriam golpeado a vítima já caída no chão. A vítima, por sua vez, suopostamente afirmou para sua mãe, em seu leito de morte, que Reginaldo jogara pedras em sua cabeça, além de Bruno e outros dois.

Em instrução judicial, as testemunhas presenciais confirmaram ter visto o réu Bruno dar a pedrada, ninguém tendo presenciado qualquer agressão por parte de Cleiton ou Reginaldo.

Houve testemunha, por outro lado, que relatou ter ouvido boatos de que os acusados seriam os autores das agressões. Segundo os relatos, Reginaldo desferira chutes nas costelas da vítima e Cleiton, pisões na cabeça.

A mãe da vítima, por fim, declarou ter ouvido desta que Bruno, Reginaldo e Cleiton foram os responsáveis pelas agressões. Segundo a então companheira da vítima, esta não teria indicado a sua genitora a conduta individualizada dos demais, apenas atribuindo a pedrada a Bruno.

Diante do quadro produzido em juízo, o Ministério Público prontamente pleiteou a pronúncia dos acusados, em que pese os depoimentos das testemunhas presenciais todos apontarem para a não participação dos réus Reginaldo e Cleiton.

O magistrado, entretanto, optou por impronunciar Reginaldo e Cleiton. Salientou reconhecer que duas testemunhas atribuem autoria aos acusados, porém, seus depoimentos são diametralmente opostos ao das testemunhas presenciais do evento.

Entendeu que privilegiar depoimentos de testemunhas não presenciais em detrimento de presenciais seria teratológico, ressaltando que os relatos das testemunhas oculares foram lineares.

Fez menção, todavia, ao famigerado *in dubio pro societate*. Curiosamente, até mesmo os advogados de defesa que aturam no feito admitem a utilização do brocardo em alguma medida, entendendo possível quando a dúvida se der em relação a excludente de ilicitude, por exemplo.

O membro do Ministério Público, inconformado, interpôs apelação, salientando a necessária vigência do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia.

Alegou que a simples possibilidade de ser o acusado o autor dos fatos deveria conduzi-lo ao plenário do tribunal do júri, não fazendo sequer um juízo de probabilidade. Segundo a posição sustentada pelo *Parquet*, esvaziaria-se qualquer conteúdo de filtro processual para a primeira fase do rito escalonado.

O Tribunal de Justiça do Ceará deu provimento ao recurso ministerial, entendendo que o magistrado não poderia ter afastado o *in dubio pro societate*, esse grande dogma jurídico, determinando que os acusados Reginaldo e Cleiton fossem submetidos a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Segundo o Tribunal, "ainda que haja elementos a sustentar tanto a tese da defesa como a da acusação, prevalecerá o princípio *in dubio pro societate*, cabendo ao Conselho de

Sentença decidir sobre o mérito". Para tanto, considerou indícios suficientes de autoria o depoimento da genitora e da companheira da vítima, cotejados com o depoimento extrajudicial de uma testemunha que não foi novamente ouvida em juízo, tendo seu depoimento restado tão somente na fase inquisitorial.

Ao decidir pela pronúncia, o Tribunal assim concluiu, no voto da relatora:

> Acrescento, por último, que a decisão vergastada trouxe argumentos plausíveis a absolvição dos apelados. No entanto, ali se admitiu que haviam outros elementos que apontavam para a culpabilidade dos réus. Disse o Magistrado que os depoimentos incriminadores partiram de pessoas que não presenciaram o fato, muito embora haja depoimentos de testemunhas presenciais - Lyner Keer e Antônio Wellington - que quando (sic) ouvidas perante a autoridade policial mencionaram agressões, conforme já destacado. Assim, entendo que tais depoimentos prestados na fase de inquérito restaram validados pelas declarações das testemunhas ora refutadas pelo Magistrado, que preferiu afastar o princípio *in dubio pro societate*.[389]

E não há nenhuma surpresa nesse posicionamento. O dogma jurídico conhecido como *in dubio pro societate* parecia rígido como uma rocha. Na dúvida, resolve-se pela sociedade. E seguíamos conduzindo milhares de processo no Brasil inteiro nos aproveitando de mais esse facilitador de decisão que desobrigava os nossos julgadores de decidir nesse momento processual. A fase do *iudiccium accusationis* se tornou completamente desnecessária, onerando os cofres públicos sem qualquer fundamento.

Apesar da intangibilidade desse brocardo, a defesa incansável dos acusados Reginaldo e Cleiton ingressou com Recurso Extraordinário perante a Suprema Corte, alegando violação ao princípio da presunção de inocência, questionando a aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, objeto do presente estudo.

O recurso foi inadmitido na origem, porém, apreciado em decorrência da oposição de agravo ao recurso extraordinário pelos recorrentes.

A Procuradoria-Geral da República, instada a se manifestar, novamente reiterou a aplicação do princípio *in dubio pro societate*, alegando que este princípio seria decorrência do artigo 413 do Código de Processo Penal, ressaltando que a jurisprudência pacífica do Tribunal[390] possuía entendimento pela sua aplicação na decisão de pronúncia do Tribunal do Júri. E tinha razão.

Porém, o julgamento que estava afetado ao plenário virtual foi retirado pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, para julgamento presencial, e uma decisão paradigmática estava por vir.

O Ministro Relator inaugurou seu voto[391] esclarecendo a relevância do julgamento,

---

[389] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Relatora: Desembargadora Francisca Adelineide Viana. Apelação Proc. nº 0008910-91.2011.8.06.0000. DJe 06/12/2013.

[390] Vide ARE 986566 AgR; ARE 1082664 ED-AgR; ARE 788457 AgR, todos do STF.

[391] Voto disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubioproreopronu769ncia.pdf. Acesso em 06 de out. de 2019.

tendo em vista os efeitos problemáticos ocasionados pela construção do *in dubio pro societate*, ressaltando o seu uso indiscriminado.

Gilmar Mendes realiza crítica severa à valoração que foi utilizada pelo Tribunal *ad quem* ao decidir reverter a decisão de impronúncia para um acórdão pronunciando os acusados. Segundo ele, os elementos inquisitoriais e a prova de "ouvir dizer", embora admitidos no sistema jurídico brasileiro, possuem valor probatório reduzido, especialmente diante de relatos distintos por parte das testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo.

Diante dessa discrepância na credibilidade das provas que acabaram por conduzir a um juízo de pronúncia, sendo tão evidente a preponderância das provas em favor dos acusados, surge, portanto, a necessidade de uma reflexão sobre a valoração da prova nessa fase, sob pena do cometimento de teratologias, como bem apontado pelo magistrado de primeira instância.

Nesse contexto, o Ministro reconhece a evolução da sistema de prova tarifada para o livre convencimento motivado, porém, entende que a abertura desse conceito acaba por permitir indesejada discricionariedade na análise dos fatos, razão pela qual entende haver "a necessidade de uma teoria racionalista da prova, em que, embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deva ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, podendo ser controlado em âmbito recursal ordinário"[392].

Afirma que há, portanto, a necessidade de definição de *standards* probatórios que definam o nível de suficiência exigido para a decisão de pronúncia.

Nesse ponto, o *in dubio pro societate* vem sendo utilizado de forma reiterada e descompromissada por magistrados em todo o território brasileiro, que nada se preocupam com o grau de suficiência da prova para vencer a primeira etapa do procedimento. O Ministro demonstra preocupação com esse comportamento:

Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto "princípio *in dubio pro societate*", que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia[393].

O Ministro usa o critério norte-americano *BARD (beyond any reasonable doubt)* para afastar a robustez do *standard* probatório exigido para a decisão de pronúncia, evidenciando que nessa fase não se exige *certeza além da dúvida razoável*. Entende, portanto, que "requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias"[394].

---

[392] FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007. p. 64. *apud* STF. Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 03/04/2019. Voto disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubioproreopronu769ncia.pdf. Acesso em 06 de out. de 2019.

[393] Voto disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubioproreopronu769ncia.pdf. Acesso em 06 de out. de 2019.

[394] Idem.

Diante da não obtenção do padrão de suficiência exigido para a pronúncia, portanto, não há que se falar em *in dubio pro societate* para se conduzir o caso para julgamento pelo júri popular, devendo ser o réu impronunciado com base no *in dubio pro reo*, princípio de *status* constitucional. É o que pensa Gilmar Mendes:

> Ainda que se considere os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça um estado de dúvida diante de um lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o *in dubio pro reo*, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro[395].

Reconhecendo a relevância do momento processual da pronúncia, especialmente diante do fato de ser o julgamento popular realizado por juízes leigos, sem qualquer conhecimento jurídico, conclui que "a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais"[396], não havendo qualquer violação à soberania dos veredictos.

Assim, a ordem para a restauração da impronúncia da sentença foi concedida de ofício. A decisão foi acompanhada pelos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, restando vencidos os Ministros Edson Fachin e Carmen Lúcia.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, ressaltou que uma situação de dúvida razoável jamais poderá prejudicar o acusado no nosso sitema processual penal, apenas beneficiá-lo. Para o decano, o *in dubio pro societate* não passa de um adágio forense[397].

V. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em 06 out. de 2019.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 de nov de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 06 out. de 2019.

Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 06 out. de 2019.

ABELLÁN, Marina Gaston. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Disponível em: https://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf. Acesso em 2 out. de 2019.

---

395 Idem.

396 Idem.

397 In dubio pro societate não pode fundamentar reforma de sentença de impronúncia. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI298937,81042-In+dubio+pro+societate+nao+pode+-fundamentar+reforma+de+sentenca+de. Acesso em 06 de out. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol I. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhais no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Emais, 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Boulesis Editora, 2015.

GRECO, Vicente. *Questões polêmicas sobre a pronúncia*, in *Tribunal do Júri*, coord. Rogério Lauria Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

Innocence Project. *DNA Exonerations in the United States*. Disponível em: https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/ .Acesso em: 05 out. de 2019.

LOPES JR, Aury. *Fundamentos de Processo Penal: Introdução crítica*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury. *Curso de Direito Processual Penal*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATIDA, Janaina. VIEIRA, Antonio. *Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 156, ano 27. São Paulo: Ed. RT, junho/2019.

MATIDA, Janaina. *Standards de prova: A modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção*. Disponível em: https://www.academia.edu/39554898/MATIDA_Standards_de_prova_A_mod%C3%A9stia_necess%C3%A1ria_a_ju%C3%ADzes_e_o_abandono_da_prova_por_convic%C3%A7ao, Acesso em: 2 out. de 2019.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction*. 3. Ed. Florianópolis: Emais, 2018.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

STF. Agravo em Recurso Extraordinário 1.067.392/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 03/04/2019. Voto disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubioproreopronu769ncia.pdf. Acesso em 06 out. de 2019.

STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 1740921/GO. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, DJ de 19/11/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747783&num_registro=201801137547&-data=20181119&formato=PDF. Acesso em 06 out. de 2019.

STJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 940.967/DF, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/3/2017, DJe de 7/4/2017. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=940967&tipo_visual-

izacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 06 out. de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ Relatora: Desembargadora Francisca Adelineide Viana. Apelação Proc. nº 0008910-91.2011.8.06.0000. DJe 06/12/2013.

CAPÍTULO VII

CONTROVÉRSIAS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO VII – CONTROVÉRSIAS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

1. Introdução

Durante a segunda metade do ano de 2019 houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei Anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Dentre os diversos mecanismos de modernização do processo penal brasileiro, o legislador enfim, incorpora à legislação um tema que já era veiculado por meio de ato normativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, os chamados acordos de não persecução penal.

A iniciativa do CNMP não foi das melhores. A falta de um debate prévio a respeito dessa nova forma de conduzir a pretensão punitiva pelo Ministério Público impactou negativamente no ato normativo, a ponto de duas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ns. 5.790 e 5.793) serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra a disciplina infra legal dos acordos de não persecução.

Talvez essa realidade tenha sido o principal estímulo a edição da Lei n. 13.964/2019 com o novo instrumento de dispensa de persecução pelo Ministério Público. Então, o propósito do presente estudo e debruçar-se sobre a disciplina dos acordos de não persecução penal no âmbito normativo do CPP de modo a problematizar suas principais controvérsias do ponto de vista da atividade de defesa técnica.

2. O acordo conforme a disciplina do CPP

A Lei n. 13.964/2019 introduz o art. 28-A à disciplina do Código de Processo Penal, incorporando o acordo de não persecução penal. De acordo com o *caput* do dispositivo, sempre que a hipótese não recomendar o arquivamento, poderá o Ministério Público propor o acordo, observando determinados pressupostos.

Pensamos que o acordo de não persecução penal, como modalidade de convenção processual é composto por 4 (quatro) fases: a proposição, a discussão, a homologação e o cumprimento.

Na fase de proposição, caberá ao Ministério Público, convencido de que há indícios de materialidade e autoria da infração penal (afasta-se, portanto, a hipótese de arquivamento), verificar a presença dos pressupostos legais.

O primeiro deles corresponde a necessária confissão formal e circunstancial pelo investigado da prática de infração penal (crimes e contravenções). Pensamos que essa confissão não corresponde a uma delação. É dizer, assegura-se o direito à acordo de não persecução penal pelo simples reconhecimento da prática da infração delituosa, independentemente do apontamento de outros coautores ou partícipes.

Um segundo pressuposto definido em lei é que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça e que a pena mínima cominada ao tipo seja inferior a 4 (quatro) anos.

A utilização do verbo "poderá" tal como ocorre no art. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 resgata, mais uma vez, o debate sobre se o instituto constitui direito subjetivo do acusado ou mera faculdade do *Parquet* na apresentação da proposta. À época da Lei n. 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado n. 696 da Súmula de sua jurisprudência para afirmar que: "*Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP*".

Foi uma saída da Corte Suprema para compatibilizar a independência funcional do membro do Ministério Público com o possível arbítrio que esse poder conferiria à instituição, criando, então um controle interno provocado pelo juiz.

O Ministério Público de São Paulo em seu Enunciado n. 21 destaca que: "*A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento da política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado*".

Ao menos em relação ao acordo de não persecução, o próprio legislador se antecipou à potencial controvérsia, quando no art. 28-A, §14 do CPP determina que no caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Aqui, no entanto, há um problema de ordem prática. Com a reforma da Lei n. 13.964/2019, houve alteração na disciplina do art. 28 do Código de Processo Penal.

Até então, a disciplina do arquivamento esteve sujeita a uma função anômala de controle por parte do Juiz, sempre que o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requeresse o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Então, o juiz, considerando improcedentes as razões invocadas, faria remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, a quem caberia reexaminar as razões apresentadas pelo membro do MP.

Depois da reforma, o CPP passou prever que o próprio Ministério Público ordenaria o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, dando ciência a vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhando os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma de lei regulamentadora no âmbito de cada Ministério Público. Ou seja, encerrou-se a intervenção judicial no ato de arquivamento do inquérito policial, criando uma revisão obrigatória.

A nova lei trouxe ainda a possibilidade de a vítima ou representante legal, bem como o órgão de representação judicial da União, dos Estados e Municípios, quando comunicados da decisão de arquivamento, apresentarem, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Essa e outras modificações geraram muito debate em torno da reforma processual, com manifestações favoráveis e contrárias, estas últimas de índole predominantemente corporativa apresentadas magistratura e Ministério Público.

Não por outra é a razão de já termos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições de lei.

Na ADI n. 6305, de iniciativa da CONAMP, foi postulada a suspensão da vigência da nova redação do art. 28, sendo deferida medida cautelar pelo Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, suspendendo monocraticamente e *sine die*, a eficácia do art. 28 do CPP com a nova redação da Lei n. 13.964/2019, repristinando-se, portanto, a redação originária do art. 28 e o controle anômalo exercido pelo juiz.

Portanto, tanto o juiz como o investigado, antevendo a possibilidade de acordo de não persecução penal, poderão encaminhar o procedimento ao Procurador Geral a quem caberá a palavra final sobre o cabimento do acordo de não persecução penal.

Outro pressuposto legal para o acordo diz respeito a um exame de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Não se pode deixar de registrar uma certa carga de subjetividade da norma com o emprego das expressões *"necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"*.

A incorporação de elementos que fogem ao padrão da objetividade legislativa certamente estimulará o arbítrio do Ministério Público que poderá se valer dessa "válvula de escape" normativa para negar o acordo de persecução forçando a judicialização do debate sobre o cabimento da proposta.

Além deste critério revestido de subjetividade, o legislador estabelece uma série de condições ajustadas cumulativa e alternativamente: 1 – reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; 2 - renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3 – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do 46 do Código Penal; 4 - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; 5 - cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nota-se, portanto que a realização do acordo de não persecução pressupõe a confissão por parte do investigado e a aceitação quanto ao cumprimento da pena restritiva imposta pelo Ministério Público como condição ao negócio, abrindo-se se mão das garantias do contraditório e ampla defesa.

Parece-nos que quanto maior a gravidade da infração praticada, mais intensa será a cumulatividade das obrigações previstas no acordo de não persecução. A ideia a ser incorporada é que o acordo tenha o caráter restaurativo (art. 28-A, I e II) e ressocializador (art. 28-A, III, IV e V).

2.1. Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal

O legislador estabelece algumas condicionantes para a pertinência do acordo de não persecução. A primeira delas encontra-se na combinação do caput do art. 28-A, com seu parágrafo primeiro e refere-se a um requisito objetivo, a quantidade de pena mínima cominada ao tipo penal.

O computo do prazo de 4 (quatro anos) deve levar em consideração a incidência de eventuais causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, as de aumento calculadas em sua fração máxima enquanto as de diminuição em sua fração mínima. Certamente, teremos ponto de vista diverso que defenda a aplicação do acréscimo mínimo nas causas de aumento e a redução máxima nas causas de diminuição, de modo a potencializar o instituto.

Não será possível firmar acordo de não persecução, nos termos do inciso I, do §2º do art. 28-A do CPP, caso a infração penal comporte transação penal sob o rito de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 76 da Lei n. 9.099/95). Há uma razão simples. As consequências da transação penal são menos rigorosas do que aquelas estabelecidas pelo legislador para o acordo de não persecução penal.

Portanto, em infrações penais que se amoldem tanto ao art. 76 da Lei n. 9.099/95 e ao art. 28-A do CPP, há direito subjetivo do indiciado em firmar transação penal em detrimento do acordo de não persecução.

De igual modo, restringe-se a possibilidade de acordo de não persecução quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, nos termos do inciso II, do §2º do art. 28-A do CPP.

O fato de já ter gozado de outros institutos negociais a exemplo da transação penal, da suspensão condicional do processo ou do próprio acordo de não persecução nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração é fator impeditivo, na forma do inciso III, do §2º do art. 28-A do CPP.

Por fim, em crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, impedem a adoção do acordo, conforme vedação contida no inciso IV, do §2º do art. 28-A do CPP. Há uma coerência do legislador nesse ponto, já que o art. 41 da Lei n. 11.340/2006, veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 no contexto dos crimes de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Considerando que o art. 90-A da Lei n. 9.099/95 veda a aplicação de suas disposições e, consequentemente, os seus institutos despenalizadores, no âmbito da Justiça Militar e tendo em vista que o art. 18, §12 da Resolução CNMP n. 181/2017 já também restringia a aplicação do acordo de não persecução no âmbito de crimes militares que afetassem a hierarquia e disciplina, possível antever a construção teórica quanto à inaplicabilidade do art. 28-A do CPP no âmbito do processo penal militar.

Argumentos também surgirão no sentido de que houve verdadeiro silêncio eloquente do legislador, tendo em vista que a Lei n. 13.964/2019 realizou alterações nos Códigos Penal e Processual Penal Militar.

Ainda que a corporação castrense esteja sujeita a hierarquia e disciplina e que os tipos do Código Penal Militar procurem preservar estas características, inegável que a legislação processual penal militar é ultrapassada e precisa ser modernizada à realizada constitucional e convencional.

2.2. Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal

Diante da necessidade de confessar a prática do delito, anuir com o cumprimento de pena restritiva de direitos antecipada e abrir mão de sua ampla defesa e contraditório, a lei exige que o acordo de não persecução penal seja formalizado (fase de discussão) por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público e pelo investigado na presença de advogado ou membro da Defensoria Pública, conforme §3º do art. 28-A do CPP.

Aqui inicia-se a segunda fase do negócio processual, onde o Ministério Público e as partes delinearão os termos do acordo de não persecução. A defesa deve primar para que a relação que se estabeleça com a acusação tenha estrutura paritária, ou seja, que seja possível debater os termos do acordo, evitando-se que o negócio processual não tome forma de um contrato de adesão.

A necessidade e suficiência prevista no caput do art. 28-A do CPP não deve se submeter a uma análise privativa do Ministério Público, sendo lícito à defesa técnica, durante a discussão, demonstrar à acusação eventual excesso nas condições impostas (caráter paritário da cláusula não persecutória).

Uma vez firmado o acordo de não persecução penal, ainda que confessado o delito e cominada sanção restritiva, a avença processual não constará da certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de impedimento de gozo de um novo acordo de persecução durante o prazo de 5 (cinco) anos (art. 28-A, §2º, III do CPP), na forma do art. 28-A, §12 do CPP.

Tal como ocorre na suspensão condicional do processo (art. 89, §5º da Lei n.9.099/95) o cumprimento integral do acordo de não persecução penal, garante ao investigado a extinção de punibilidade, mediante decisão judicial.

Nota-se, portanto, que entre as inúmeras vantagens do acordo de não persecução penal temos: ausência de instauração de ação penal com incidência de custas processuais em caso de condenação; inocorrência de reincidência em caso de cometimento de nova infração penal; não cominação de pena privativa de liberdade e pena de multa.

2.3. Da homologação do acordo de não persecução penal

Apesar de o acordo de não persecução representar mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos mesmos moldes da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, há participação judicial na terceira fase, a de homologação, de modo que o juiz possa controlar a validade das cláusulas avençadas, nos moldes do que ocorre no Código de Processo Civil, a luz do art. 190, parágrafo único.

O §4º do art. 28-A do CPP determina que a homologação do acordo de não persecução penal seja realizada em audiência na qual o juiz verificará voluntariedade do investigado, por meio da oitiva de oitiva na presença do seu defensor, além do próprio

controle quanto a sua legalidade.

Curiosamente, o Ministério Público de São Paulo pretende não participar da audiência de homologação, como consta do Enunciado n. 26: "Não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no §4º do art. 28-A do CPP".

O entendimento ministerial não encontra respaldo legal, principalmente porque na audiência de homologação pode ser possível que se realizem pequenos ajustes sem a necessidade de retornar a proposta, em uma perspectiva de aproveitamento de atos procedimentais.

Encare-se que a fase de proposição e discussão ocorre "em gabinete" no âmbito do Ministério Público, a quem caberá, em sua investigação direta ou através do inquérito policial convocar o investigado e sua defesa para comparecer em reunião de composição para discussão dos termos do acordo.

De acordo com a prerrogativa contida no art. 128, I da LC n. 80/94, os membros da Defensoria Pública detêm a possibilidade de intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista. Isso permite que a Defensoria Pública possa se obstar ao comparecimento na fase de debates perante o Ministério Público sem que haja o prévio envio da proposta de acordo de não persecução penal.

Esse envio da minuta permite que a Defensoria Pública possa, desde logo, sinalizar eventual desinteresse do investigado na realização do acordo de não persecução, anuir com os temos propostos ou preparar-se para debater alternativas às cláusulas do acordo em futura reunião.

Melhor seria se a fase de proposição fosse feita em gabinete e que a discussão e homologação fossem concentrados em um único ato perante o Poder Judiciário. Apesar de provisoriamente suspenso, o art. 3º-B, XVII do CPP prevê apenas que a homologação de acordo de não persecução penal fique a cargo do juiz das garantias.

Essa concentração de atos tornaria o processo de concretização do acordo de não persecução penal mais dinâmico, já que as condições seriam debatidas e o próprio juiz já controlaria a validade do acordo, abreviando-se as fases.

Por lei, caberá ainda ao Ministério Público, assegurar-se que o investigado esteja sempre acompanhado de advogado ou membro da Defensoria Pública nas duas fases (proposição e discussão), de modo que a voluntariedade do investigado possa ser confirmada por ocasião da homologação.

O acordo de não persecução poderá ser devolvido ao membro do Ministério Público, na forma do §5º do art. 28-A do CPP se o juiz verificar que as condições avençadas são inadequadas, insuficientes ou abusivas. Neste caso, há a necessidade de reformulação da proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Trata-se de regra similar à da colaboração premiada prevista no art. 4º, §8º da Lei n. 12.850/2013, que permite ao juiz recusar a homologação da proposta de colaboração que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

A Lei não deixou claro se a devolução do acordo é feita ao próprio órgão do Ministério Público que a elaborou de início ou se aqui também seria aplicável a regra do art. 28-A, §14 do CPP, encaminhando-se ao órgão superior para promover os ajustes, como

forma de preservar a independência funcional.

Pensamos que o juiz deva encaminhar a proposta obstada ao próprio órgão do Ministério Público que a elaborou de início e se, o membro do Ministério Público entender pela sua adequação, deverá ele submetê-la a órgão superior, no caso, o Procurador Geral de Justiça. Se o órgão de cúpula ratificar a proposta apresentada pelo membro, só restara ao juiz negar a sua homologação, na forma do §7º do art. 28-A do CPP.

Aqui há outra diferença quando comparado o acordo de não persecução com o *sursis* processual, na medida em que o art. 89, §2º da Lei n. 9.099/95 permitia a intervenção do juiz na proposta de suspensão, podendo ele especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

No acordo de não persecução penal o legislador procurou preservar a iniciativa do Ministério Público e a necessária inércia do juiz, em linha do princípio acusatório que está previsto no art. 3º-A do CPP, temporariamente suspenso por decisão do Min. Luiz Fux no julgamento da Medida Cautelar nas ADIs ns. 6298, 6299, 6300 e 6305.

Com a homologação do acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao órgão do Ministério Público, a fim de que seja instaurado o incidente de execução perante o órgão jurisdicional com competência para execução penal, na forma do art. 28-A, §6º do CPP.

Pensamos que a depender das condições de cumprimento, a Vara de Execuções Penais possa deprecar a fiscalização do cumprimento das cláusulas do acordo na comarca onde seja domiciliado o investigado, de modo a não onerá-lo no adimplemento das obrigações penais.

Diferente da hipótese de devolução prevista no §5º, o juiz poderá recusar a homologação de proposta que não atenda aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação decorrente da prévia devolução (§5º).

Outra decorrência da homologação é a de que os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, na forma do art. 28-A, 8º do CPP.

Há que se fazer uma crítica a hipótese de "complementação das investigações". Se um dos requisitos para o acordo de não persecução penal era exatamente a inexistência de fundamentos para o arquivamento, isto representa afirmar que o Ministério Público dispunha de indícios suficientes de materialidade e autoria para a instauração da ação penal, não fazendo sentido admitir que a investigação retomasse seu rumo.

2.4. Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal

Seguindo a linha do art. 201, §2º do CPP que assegura ao ofendido o direito de ser comunicado dos atos processuais concernentes ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, o art. 28-A, §9º do CPP também determina que a vítima seja intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

No entanto, o Código de Processo Penal não confere a vítima nenhum poder para se opor ao acordo de não persecução penal ou se manifestar sobre as condições impostas,

realidade que também ocorre na transação penal e suspensão condicional do processo.

É importante o destaque que a fase de proposição e discussão não deve contar com a participação da vítima, já que ali pode ocorrer a confissão da conduta delituosa e esse comportamento tem reflexos na esfera privada.

Faça-se um destaque para o fato de que a Lei n. 13.964/2019 buscou empoderar a vítima de outra forma, a exemplo das regras constantes do art. 28, §§1º e 2º do CPP (provisoriamente suspenso por decisão em MC nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) ao permitirem a postulação de revisão da promoção de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório.

2.5. Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório

O descumprimento do acordo de não persecução penal é regulado nos §§10 e 11 do art. 28-A do CPP. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Aqui, no entanto, parece-nos que antes da rescisão deva o juízo oportunizar o contraditório ao investigado, a fim de que se manifeste sobre a promoção do Ministério Público, com base no art. 10 do CPC[398].

Apesar de o art. 15 do CPC/15 não determinar sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo penal, cremos que o art. 3º do CPP, quando admite a interpretação extensiva, aplicação analógica e o suplemento pelos princípios gerais de direito, mantém o elo de conexão com o ramo do direito processual.

Em todos os institutos processuais penais em que houver uma omissão e cuja disciplina processual civil seja expressa a respeito, parece-me que a aplicabilidade do novo CPC/2015 será de excelente utilidade, modernizando o processo penal e buscando alinhá-lo ao perfil democrático-constitucional, desde que o instituto não descaracterize os princípios norteadores do procedimento penal, especialmente os de índole constitucional e convencional.

No processo penal, tanto acusação quanto defesa técnica não só podem como devem participar, ou melhor, ter a oportunidade de cooperar, na construção da decisão judicial. Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica diversa reflete a construção de um processo democrático.

Quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria

---

[398] O mesmo pensamento é compartilhado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, através do seu Enunciado n. 19: *Ante a notícia de descumprimento de condição estipulada no acordo de não persecução penal (artigo 28-A,§10, do CPP), em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente determinados, a análise da rescisão pressupõe a oitiva do investigado e da defesa técnica.*

deva ser decidida de ofício[399], nos parece que o processo penal não deva seguir na contramão dessa regra.

O que se pretende evitar é a chamada "decisão-surpresa" e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual.

Não pode o juiz, por ocasião da avaliação da rescisão do acordo e diante dos paradigmas aqui apontados, manifestar-se a esse respeito sem assegurar o contraditório. Há, portanto, um verdadeiro dever de consulta, oriundo da própria cooperação processual[400].

Decretada a rescisão do acordo de não persecução penal em razão de descumprimento pelo investigado e oferecida a denúncia, poderá o Ministério Público deixar de apresentar proposta de *sursis* processual, quando cabível, utilizando como motivação o inadimplemento do acordo anteriormente firmado (art. 28-A, §11 do CPP).

Aqui também caberá ao juiz analisar os motivos do descumprimento e ponderar se aquelas razões podem, de algum modo, também frustrar o cumprimento de eventuais condições da suspensão condicional do processo.

Interessante notar que o legislador não tornou a prática de nova infração penal como motivo justificador da revogação do acordo de não persecução penal, tal como prevê nos §§3º e 4º do ar. 89 da Lei n. 9.099/95, na parte que trata das hipóteses de revogação obrigatória e facultativa do *sursis* processual.

2.6. A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento)

No campo processual penal, a defesa técnica é exercida pelos advogados regidos pela Lei n. 8.906/94 e pela Defensoria Pública, cujo regramento se extrai da Lei Complementar n. 80/94. A figura de uma instituição estatal, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira é um modelo de serviço custoso, mas que se apresenta como densificador do direito à assistência jurídica das pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua finalidade estatuária[401], que não possuem recursos financeiros para contratar um advogado para o exercício de pretensões[402].

---

[399] *"Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar o conteúdo da decisão."* (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I).

[400] *"O dever de consulta é variante processual do dever de infomar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decider com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se."* (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 129. Vol. I).

[401] O Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado n. 481 de sua Súmula, reconhecendo às pessoas juridicas que enfrentem insuficiência de recursos o direito a assistência jurídica, enquanto que o art. 4º, V da Lei Complementar n. 80/94 reconhece a possibilidade de a Defensoria Pública prestar assistência jurídica a estes entes.

[402] *"A Defensoria Pública é fruto da compreensão de que o próprio fenômeno jurídico é multifacetado e deman-*

Quando voltamos nosso olhar para o texto constitucional, especificamente o art. 5º, LV da CRFB, percebemos a preocupação do constituinte, quando confere a todos os acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No plano internacional, o art. 8º, 2, 'd' e 'e' da Convenção Americana de Direitos Humanos é o norte central de proteção da garantia do devido processo legal.

A alínea 'd' do referido tratado contempla o direito de qualquer acusado se defender pessoalmente ou ser patrocinado por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com ele. Ao mesmo tempo, e já com foco na questão da hipossuficiência econômica e da indispensabilidade da defesa técnica, a alínea 'e' prevê o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não.

A nível internacional Vladimir Aras[403] destaca que tanto a Suprema Corte dos Estados Unido da América como a Corte Europeia de Direitos do Homem preconizam a necessidade de participação da defesa técnica, em caráter efetivo, na fase de discussão do acordo penal.

No julgamento do caso Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia, a Corte Europeia reconheceu a alegação dos imputados de que a aplicação do acordo penal dependeria da ciência de todos os elementos que gravitam em torno da imputação e da própria assessoria de uma defesa técnica[404].

Razão de decidir semelhante é encontrada no caso Missouri vs. Frye decidido pela Suprema Corte dos EUA, onde a aplicação de um benefício negociado exige o prévio e completo entendimento do imputado a respeito do conteúdo e das consequências do acordo, mediante orientação adequada a ser prestada pela defesa técnica[405].

---

da enfrentamento inovador, múltiplo e corajoso, na exata medida em que não só a comunidade jurídica, mas principalmente os destinatários dos serviços de todo o Sistema de Justiça já identificaram e denunciaram a (famosa) falta de efetividade, e exigem sua superação com a prestação de um serviço eficiente sob todos os pontos de vista (muito longe, alias, da atuação rasa de quem se contenta em simplesmente seguir modelos legais sem preocupação com o resultado prático do que desenvolve)." (KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública.* São Paulo: Estúdio Editores, 2015. P. 24.).

403 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 311.

404 "92. The Court thus observes that by striking a bargain with the prosecuting authority over the sentence and pleading no contest as regards the charges, the first applicant waived his right to have the criminal case against him examined on the merits. However, by analogy with the above-mentioned principles concerning the validity of such waivers, the Court considers that the first applicant's decision to accept the plea bargain should have been accompanied by the following conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review". (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Caso Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia. 2014. Disponível em https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-142672"]} acesso em 22 nov. 2018).

405 "2. As a general rule, defense counsel has the duty to communicate formal prosecution offers to accept a plea on terms and conditions that may be favorable to the accused. Any exceptions to this rule need not be addressed here, for the offer was a formal one with a fixed expiration date. Standards for prompt communication and consultation recommended by the American Bar Association

A escolha do profissional ou órgão encarregado da elaboração da defesa técnica recai única e exclusivamente no acusado. Não pode o magistrado ou o Ministério Público, por ocasião do acordo de não persecução querer impor defesa técnica ao investigado.

O Ministério Público deve se revestir de todas as cautelas necessárias para que o investigado possa, por livre escolha, indicar advogado de sua confiança ou a Defensoria Pública para acompanhá-lo nas fases de proposição, discussão, homologação e cumprimento. Pensamos, inclusive, que a presença do defensor não pode ocorrer a título pró-forma, apenas como testemunha instrumentária do ato.

O imputado deve contar com uma defesa técnica capacitada para expor toda a dinâmica do processo penal brasileiro, as vantagens e desvantagens de se submeter à persecução penal ou anuir com o acordo, bem como as obrigações assumidas naquela avença[406].

Por tais razões, parece-nos temerária a realização de acordos de não persecução penal em sede de audiência de custódia, dada a imediatidade do ato e a falta de tempo e elementos para uma avaliação acurada dos fatos. Reconheça-se, no entanto, inexistir impeditivo à realização do acordo nesse ato de controle da legalidade da prisão.

É importante deixar claro que só é possível admitir uma negociação justa quando estamos diante de um "jogo de cartas abertas" no qual o investigado conhece todos os elementos de convicção produzidos em seu desfavor e dispõe de meios próprios para colher elementos que possam ser apresentados como contradita ao material de que dispõe o órgão persecutório.

Hoje o Código de Processo Penal contempla a disciplina da cadeia de custódia cuja quebra pode ter repercussão no material probatório e na sua própria credibilidade, o que exigiria do membro da defesa técnica maior apuro na análise do acordo no calor do evento criminoso.

Nessa linha de ideias, torna-se também importante compreender que a autodefesa e a defesa técnica, apesar de integrarem o princípio da ampla defesa, com ele não se confundem e possuem características próprias, materializadoras do direito de defesa[407].

---

and adopted by numerous state and federal courts, though not determinative, serve as important guides. The prosecution and trial courts may adopt measures to help ensure against late, frivolous, or fabricated claims. First, a formal offer's terms and processing can be documented. Second, States may require that all offers be in writing. Third, formal offers can be made part of the record at any subsequent plea proceeding or before trial to ensure that a defendant has been fully advised before the later proceedings commence. Here, as the result of counsel's deficient performance, the offers lapsed. Under Strickland, the question then becomes what, if any, prejudice resulted from the breach of duty. Pp. 8–11." (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso Missouri vs. Frye. 2012. Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/ acesso em 22 nov. 2018).

406 "À toda evidência, o acordo de não persecução penal somente poderá ser firmado na presença do defensor do investigado, conforme estabelece a nova redação do §3º do art. 18 da Resolução 181 do CNMP, contudo, ressaltamos a necessidade de garantir ao investigado a escolha de seu advogado, como mecanismo de autodefesa". (MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 352).

407 "*El derecho a defenderse en un complejo que integra una serie de garantías tales como la igualdad de armas;*

A importância da defesa técnica no momento do debate da construção do acordo de não persecução reside no fato de que o profissional da defesa, de posse do inquérito policial ou procedimento investigatório, verificará a presença dos indícios de materialidade e autoria necessários a instauração da persecução penal e justificadores do acordo.

Convencido, então, de que a proposta é plausível, passa a fase de discussão e a defesa deve se entrevistar com o investigado de modo a verificar se é o seu intento confessar a conduta delituosa para fazer jus ao benefício. Esse momento, realizado através de entrevista pessoal e reservada (prerrogativa dos advogados e membros da Defensoria Pública), é de extrema importância, já que o negócio processual exige voluntariedade e consciência dos reflexos do acordo.

Importante notar que essa fase de proposição e discussão ocorre "em gabinete" no âmbito do Ministério Público, a quem caberá, em sua investigação direta ou através do inquérito policial convocar o investigado para comparecer em reunião para discussão dos termos do acordo.

Isto significa dizer que em razão da autonomia da Defensoria Pública, do princípio do defensor natural (art. 4º-A, IV da LC n. 80/94) e da discricionariedade técnica do advogado, deve o Ministério Público agir de forma concertada na marcação da reunião, respeitando as particularidades e prerrogativas destes profissionais.

A aquiescência com o acordo de não persecução penal não deve ser enxergada como um ato instantâneo. Penso que o investigado e a defesa técnica possuem o direito de pensar e analisar a proposta, devendo ser concedido o prazo de 10 (dez) dias, em analogia com o prazo da Resposta do réu prevista no art. 396-A do CPP, para comparecerem à reunião de composição

Caberá ainda ao Ministério Público, assegurar-se que o investigado esteja sempre acompanhado de advogado ou membro da Defensoria Pública nas duas fases (proposição e discussão), de modo que a voluntariedade do investigado possa ser confirmada por ocasião da homologação.

O art. 28-A, §3º do CPP condiciona a validade do acordo de não persecução penal a assinatura dos seus termos pelo membro do Ministério Público, investigado e defesa técnica. Todavia, a atuação defensiva não se encerra no aceite do acordo.

Como o art. 28-A, §4º do CPP submete o acordo de não persecução penal a homologação em audiência, teremos aqui na terceira fase (homologação) uma nova intervenção defensiva, devendo o juízo respeitar a atribuição do órgão correspondente da Defensoria Pública, mediante intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista.

Por fim, com a remessa dos autos do inquérito ou procedimento investigatório onde foi encartado o acordo de não persecução ao juízo com competência para execução penal, teremos uma última atuação defensiva, que acompanhará o cumprimento dos termos do negócio e assegurará o contraditório sempre que houver questionamento ou alegação de descumprimento de alguma cláusula, conforme enunciado n. 19 da Defensoria Pública

la presunción de inocencia; el derecho a un tribunal imparcial e independiente; el derecho a ser juzgado en plazo razonable; el derecho a guardar silencio; el derecho a ser oído y el derecho a presentar pruebas y otras que, en conjunto, conocemos como el derecho a un juicio justo." (LANGEVIN, Julián Horacio. **Sin defensa no hay juicio**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editores, 2013.p. 35).

do Estado de Minas Gerais.

2.7. A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução

Questão tormentosa tem sido determinar qual a vontade prevalecente na hipótese de conflito entre a vontade do assistido e a vontade da defesa técnica – seja quando o desejo de firmar o acordo do investigado se contrapõe a manifestação de impertinência do negócio externa pelo defensor.

No campo processual penal esse conflito se afigura bastante comum em matéria recursal, pois o acusado e a defesa técnica devem ser autonomamente intimados da sentença e da decisão de pronúncia (arts. 392 e 420 do CPP).

Em virtude disso, restam apresentadas duas manifestações de vontade distintas no processo: a primeira, externada pelo acusado no momento em que informa ao oficial de justiça seu desejo de recorrer ou de não recorrer da decisão; e a segunda, externada pelo Defensor Público ao interpor ou ao deixar de interpor o competente recurso.

Por conta dessa autonomia de manifestação, muitas vezes os acusados mais humildes acabam declarando ao oficial de justiça que não desejam recorrer da decisão condenatória, com receio de contrariar o juiz prolator ou com medo de ver sua pena agravada pelo tribunal. Nesses casos, poderia a manifestação recursal do Defensor Público prevalecer sobre a vontade do acusado, garantindo a remessa dos autos ao reexame pela superior instância?

A situação inversa também pode ser encontrada, com relativa frequência, no procedimento bifásico do tribunal do júri, quando o acusado é intimado da decisão de pronúncia. Em se tratando de réu preso, a interposição de recurso geralmente acarreta apenas o prolongamento do período de encarceramento e a postergação do julgamento em plenário, onde sabidamente o acusado possui melhores chances de absolvição do que teria em eventual sede recursal.

No entanto, sem compreender esse quadro de probabilidades jurídicas e desconhecendo o próprio significado da decisão de pronúncia, o réu muitas vezes acaba manifestando irrefletidamente o desejo de recorrer ao ser intimado pelo oficial de justiça. Nessa hipótese, poderia a manifestação do Defensor Público prevalecer sobre a vontade do acusado, evitando a protelatória e prejudicial remessa dos autos ao Tribunal de Justiça?

Ao enfrentar esses questionamentos e ao determinar qual seria a vontade prevalecente na hipótese de conflito entre assistido e Defensoria Pública, a doutrina restou dividida em duas correntes distintas.

De acordo com parcela da doutrina, a titularidade do direito de recorrer pertenceria exclusivamente ao acusado, não podendo a manifestação da Defensoria Pública se sobrepor à vontade do assistido; afinal, quem teria sucumbido seria o denunciado e não seu defensor. Além disso, o direito de recorrer seria renunciável e o denunciado, ao manifestar seu desejo de não interpor recurso, estaria exercendo um direito assegurado em lei. Por fim, sustentam que o recurso teria como característica a voluntariedade, não sendo admitida a figura do recurso contra a vontade do sucumbente.

Seguindo essa linha de raciocínio, defende o renomado professor Damásio E. de

Jesus, *in verbis*:

> Réu que, intimado pessoalmente, diz que não quer apelar. Apelação do defensor: a) não conhecimento do recurso: RT 501/314; b) conhecimento do recurso: RT 520/423, 538/325, 538/371, 547/326, 577/371, 597/289, 602/365 e 702/362; RJDTACrimSP 8/256. Nossa posição: a titularidade do direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor. Nesse sentido: JTACrimSP 68/374. Tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu (...). Se réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o tribunal homologar a renúncia, não sendo caso de não conhecimento. (JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1988, pág. 381)

Do mesmo modo, alguns precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal já chegaram a reconhecer a inadmissibilidade do recurso interposto pela defesa técnica, quando o réu expressamente manifesta seu desejo de não recorrer da sentença:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. RÉU QUE RENUNCIA AO DIREITO DE RECORRER. VALIDADE. INTERPOSIÇÃO SUPERVENIENTE DE APELAÇÃO CRIMINAL POR SEU DEFENSOR. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL A QUO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. O exercício do direito de recorrer em sede processual penal reveste-se de caráter voluntário. Assiste ao condenado, desse modo, a faculdade de livremente renunciar, por ato próprio, a interposição do recurso criminal cabível. Precedentes. Não se conhece de recurso criminal interposto pelo defensor, se o acusado, em momento anterior, e por ato pessoal, vem a renunciar, validamente, ao direito de apelar contra a sentença que o condenou. A decisão do Tribunal que, em tal circunstância, não conhece desse recurso não ofende a cláusula constitucional que assegura aos acusados a plenitude de defesa em juízo penal. (STF – Primeira Turma – RE nº 140869/RJ – Relator Min. CELSO DE MELLO, decisão: 19-11-1991)

Em sentido oposto, uma segunda corrente sustenta que a manifestação técnica do Defensor Público deve prevalecer sobre a vontade do assistido, tendo em vista possuir aquele melhores condições de avaliar a necessidade e a conveniência de interposição do recurso. Esse posicionamento busca privilegiar a ampla defesa e prevenir a ocorrência de injustiças, cujos efeitos são nefastos no âmbito penal[408].

Importante salientar, ainda, que o art. 577 do CPP confere legitimidade para recorrer

---

[408] De acordo com Sérgio Demoro Hamilton, "sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição de apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo expert em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal." (HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pág. 121)

concorrentemente ao Ministério Público, ao querelante, ao réu, ao seu procurador e ao seu defensor. Em virtude dessa legitimação concorrente ou disjuntiva, o defensor constituído ou nomeado possui não apenas capacidade postulatória para recorrer em nome do acusado, mas também legitimação própria para interpor autonomamente o recurso.

Da mesma forma, não tem o réu apenas legitimação para recorrer – fato que decorre naturalmente de sua condição de parte da relação jurídico-processual –, sendo dotado também de capacidade postulatória para realizar a interposição do recurso, independentemente da intervenção de advogado ou de Defensor Público[409].

Assim, estando acusado e defensor concorrentemente legitimados a recorrer, não existe razão para que o tribunal deixe de conhecer recurso interposto exclusivamente pela defesa técnica, mesmo que o acusado tenha manifestado expressamente seu desejo de não recorrer.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que o desejo externado pelo acusado de não recorrer da sentença não impede o conhecimento do recurso pela superior instância, conforme enunciado 705 da Súmula: "A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

No caso oposto, quando o acusado deseja recorrer e o Defensor Público entende ser inconveniente a remessa dos autos ao tribunal, deverá também prevalecer a manifestação da defesa técnica, que possui melhores subsídios para determinar a necessidade e a conveniência da interposição do recurso, não estando afastada a possibilidade de responsabilização funcional quando evidenciada a desídia.

Pensamos, no entanto, que em matéria de acordos de não persecução penal, a manifestação de vontade prevalente deva sempre ser do investigado, seja pela realização ou objeção ao acordo de não persecução penal, tendo em vista que ele é quem suportará os efeitos de uma sentença condenatória, caso renuncie à proposta de acordo.

Ao mesmo tempo, se anui com o negócio processual, o faz ciente de sua responsabilidade e após entrevista prévia com sua defesa técnica, avaliando que para sua situação pessoal, a renúncia de certas garantias lhe é mais compensadora.

2.8. A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução

O Código de Processo Penal não prevê meios de impugnação contra o acordo de não persecução penal, notadamente sobre a presença de indícios de materialidade e autoria para a deflagração da penal, como obstáculo a sua realização ou quando apesar de ajustados os seus termos, houver recusa judicial no tocante à sua homologação.

Apesar de inúmeras as possibilidades, possível já antever o interesse defensivo em três situações claras: 1 – acordo ofertado pelo MP sem que haja justa causa para ação penal; 2 – acordo não ofertado pelo MP, inobstante a presença dos requisitos legais; 3 – acordo firmado pelas partes com negativa judicial de homologação.

Como vimos nesse estudo, o pressuposto para a elaboração do negócio processual

---

[409] GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 76.

é exatamente a não configuração de hipótese de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório.

Em um primeiro momento, seria possível admitir a impetração de *Habeas Corpus* para discutir aspectos da conveniência acordo de não persecução quando ausentes elementos que suportem uma imputação penal, ante o risco potencial do direito de locomoção com eventual instauração da ação penal seja pela negativa do Ministério Público no seu oferecimento ou quando houver negativa judicial à sua homologação.

Acórdão antigo do Supremo Tribunal Federal já admitira a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* para discutir justa causa em hipótese de aceitação da transação penal, conforme decisão abaixo transcrita:

> 1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e consequente inexistência de justa causa.
>
> 2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada
>
> STF - HABEAS CORPUS 88393-1 - Origem: RJ - RIO DE JANEIRO - Relator: MIN. CEZAR PELUSO

Pensamos que o investigado ou a defesa podem, durante o cumprimento das cláusulas, terem acesso a elementos de formação do convencimento que justifiquem a revisão dos termos do acordo de não persecução penal, surgindo o interesse na sua desconstituição com vistas a obtenção do arquivamento da investigação.

Todavia, é importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, decidiu que a aceitação de transação penal pelo autor do fato o impede de discutir a própria justa causa para a ação penal, conforme vemos da transcrição abaixo:

> A defesa impetrou, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *habeas corpus*, no qual aduziu a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação penal. Nesse interregno, sobreveio alteração da capitulação legal dos fatos narrados e, por conseguinte, a formulação de proposta de transação penal, que foi aceita pela defesa, razão pela qual o referido *writ* foi julgado prejudicado de forma monocrática. A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, obstando, assim, o oferecimento da denúncia (ou queixa). Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual. Por conseguinte, visa impedir a instauração da *persecutio criminis in iudicio*. E

> é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar. Por fim, vale asseverar que a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* neste caso não significa malferimento à garantia constitucional insculpida no art. 5º, LXVIII, da Consitiução Federal. Tal entendimento decorre da constatação de que, por acordo das partes, em hipótese de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, deixou-se de formular acusação contra o acusado, possibilitando a solução da *quaestio* em fase pré-processual, de forma consensual. Portanto, seria incompatível e contraditório com o instituto da transação permitir que se impugne em juízo a justa causa de ação penal que, a bem da verdade, não foi deflagrada. STJ - **HC 495.148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por maioria, julgado em 24/09/2019, DJe 03/10/2019**

Adotando a mesma premissa para os acordos de não persecução penal, pode ser possível antever jurisprudência restritiva quanto à possibilidade de se discutir termos de acordo já homologado e em cumprimento. Ao menos a via para impugnação de comportamentos ministeriais ou judiciais que afastem o instituto permanecerá aberta através do remédio garantidor do direito de locomoção.

2.9. As regras de direito intertemporal

Aspecto sempre importante em relação às reformas penais e processuais penais diz respeito ao período de transição, sendo necessário enfrentar os conflitos de direito intertemporal advindos da vigência da Lei n. 13.964/2019 no tocante ao art. 28-A do CPP.

Pensamos que a incidência das novas normas atinentes ao acordo de não persecução penal nos leva a analisar os seguintes questionamentos: 1 – Suas disposições se aplicam aos crimes praticados antes de sua vigência? 2 – É possível celebrar acordo de não persecução em relação as investigações instauradas antes da entrada em vigor da lei; 3 - É possível celebrar acordo de não persecução em relação as ações penais instauradas antes da entrada em vigor da lei; 4 - É possível celebrar acordo de não persecução em relação a condenações já transitadas em julgado?

Sobre a primeira indagação, parece-nos que a norma do art. 28-A, apesar de encartada no corpo do Código de Processo Penal não possui caráter preponderantemente processual, mas deve ser lida como uma norma de conteúdo misto, ou seja, aspecto penal e processual penal.

O acordo de não persecução penal interfere não só no exercício da pretensão acusatória, mas também na pretensão punitiva, já que é causa de extinção da punibilidade, na forma do art. 28-A, §13 do CPP[410].

---

[410] "Dessa forma, fácil concluir que uma norma que verse sobre ação penal é norma processual penal, porquanto a ação é instituto do Direito Processual, como um direito instrumental para fazer valer em juízo uma pretensão. É o instrumento provocador da jurisdição e que vai realizar-se no processo. Ora, é por meio da ação penal que o Estado torna efetivo o seu direito de punir. Logo, a ação é instituto eminentemente processual. Entretanto, às vezes, numa norma sobre ação podem coexistir "prevalentes caracteres de derecho penal material". Quando tal ocorre, aplicam-se os princípios da

A questão, por esse aspecto, mereceria solução a partir das disposições do art. 2º do Código de Processo Penal que apresenta norma responsável pela solução das questões intertemporais provenientes do influxo de normas processuais em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, a lei processual tem aplicação imediata, respeitando-se a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (teoria do isolamento dos atos processuais). Entretanto, como exposto linhas acima, a norma aqui analisada, inobstante apresentar caráter processual penal, repercute no campo do Direito Penal, de sorte que a solução não se dá pela mera aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal, diante do prejuízo ao investigado.

Parece-nos que se praticada a conduta antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, deve ser oportunizada a possibilidade de acordo de não persecução penal, com base no princípio da retroatividade previsto no art. 5º, XL da CRFB somado ao princípio da imediatidade das normas processuais penais.

A segunda pergunta parece ser respondida sob o mesmo fundamento da primeira. Ainda que o inquérito policial ou procedimento investigatório do Ministério Público tenha sido instaurado antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, parece-me possível admitir que os princípios da retroatividade da lei penal mais benigna e da imediatidade das normas processuais devam assegurar ao investigado o direito de ter o acordo de não persecução, caso preenchidos os requisitos legais. Neste sentido, destacamos o art. 1º, parágrafo único da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP n. 20/2020 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que admite a realização do acordo de não persecução para fatos anteriores a vigência da lei e até o momento da denúncia.

A terceira pergunta reveste-se de maior complexidade. Em relação às ações penais que foram iniciadas antes da reforma seria possível, de forma incidental, suspender o seu andamento para que fosse apresentada proposta de acordo de não persecução.

A ideia do instituto, como sua própria denominação alerta, é evitar a persecução penal. Então, uma vez iniciada a ação penal seria despropositado o oferecimento da proposta. Entretanto, não nos parece que essa visão reducionista possa obstar a realização do acordo com o objetivo de interromper a persecução.

O art. 2º do Código de Processo Penal é expresso ao reconhecer a aplicabilidade imediata das normas processuais, sem prejuízo dos atos praticados sob a égide da lei antiga.

A situação aqui não apresenta solução de fácil conclusão. Como é cediço, em matéria processual, a aferição das condições para o regular exercício do direito de ação ocorre até o momento da prolação da sentença[411].

---

temporalidade das leis penais". (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 117.Vol. I).

[411] Esta concepção é conseqüência da adoção da teoria da asserção, eis que as condições para o regular exercício do direito de ação são feitas a partir das alegações feitas pelo autor na inicial (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 122). Todavia, não se pode deixar de levar em consideração que a ação penal tem contornos distintos das demandas reguladas pelo Código de Processo Civil. Ao receber a queixa-crime o magistrado criminal realiza um juízo de delibação, analisando regularidade da peça acusatória.

Entretanto, tomando como premissa o fato de que o art. 28-A do CPP representa norma de natureza mista (penal e processual penal), parece-nos que deva ser também oportunizado, nos processos em curso, em qualquer grau de jurisdição, a possibilidade de acordo de não persecução penal, com base no princípio da retroatividade da norma penal previsto no art. 5º, XL da CRFB.

Nesse sentido, o Enunciado n. 17 da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais afirma que: "*O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.*"

Por fim, considerando os efeitos benéficos que o acordo de não persecução pode trazer à esfera individual do apenado, defendemos também a possibilidade de aplicação por ocasião da condenação, inclusive com trânsito em julgado, desfazendo-se todos os seus efeitos, a exemplo da aplicação de pena privativa de liberdade e reincidência, tudo com base no art. 5º, XL da CRFB, criando-se uma situação em que a condenação penal seja equiparada ao resultado decorrente da assinatura e homologação de um acordo de não persecução.

2.10. A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal

Do ponto de vista da ordem procedimental, resta claro pela leitura do art. 28-A do CPP que o acordo de não persecução antecede a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

No entanto, se comparadas as condições e as consequências do acordo de não persecução e da suspensão condicional do processo, perceberemos, que o *sursis* processual tem efeito menos gravoso na esfera do imputado.

Em primeiro lugar, o acordo de não persecução penal exige: 1 – confissão formal do crime; 2- reparação do dano ou restituição da coisa; 3 - cumprimento de prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária ou outra condição indicada pelo Ministério Público.

A suspensão condicional do processo exige: 1 – período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos; 2 – reparação do ano; 3 – proibição de frequentar lugares e de se ausentar da comarca onde reside sem autorização judicial; 4 - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; 5 – imposição de outras condições adequadas ao fato e indicadas pelo juiz.

Do ponto de vista das consequências, ambos os institutos possuem o mesmo efeito: 1 – impossibilidade de gerar reincidência; 2 – levar a extinção da punibilidade. Nessa linha de ideias, parece-nos que o acordo de não persecução penal em relação aos crimes que comportem suspensão condicional do processo mereça um tratamento mais suavizado, já que ele poderia se tornar mais desproporcional do que o próprio *sursis* processual, caso instaurada a ação penal.

Caberia ao Ministério Público, por homogeneidade, impor apenas a reparação do dano e condições equivalentes à da suspensão condicional do processo. Inclusive, a exigência de confissão seria desconsiderada nos crimes abrangidos pelo art. 89 da Lei n.

9.099/95, já que o efeito prático de ambos os institutos será o mesmo, a extinção da punibilidade, sendo que no *sursis* processual não há exigência de confissão.

2.11. Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de homologação do acordo de não persecução penal

Um detalhe silenciado pelo legislador e que possui total repercussão na esfera defensiva diz respeito aos reflexos processuais decorrentes da recusa de homologação do acordo de não persecução. Isto porque, uma das condições do negócio processual consiste na confissão formal e circunstanciada do investigado.

Pensamos que na hipótese em que o investigado se vê impedido de efetuar o acordo de não persecução penal pela negativa do juiz no tocante à homologação, a confissão por ele apresentada, com o propósito de obter o acordo de não persecução penal, mereça ser analisada com ressalvas.

Por ocasião da fase de proposição, deve a defesa exigir que seja consignado que aquela confissão está condicionada à homologação do acordo de não persecução penal em juízo, sob pena de tornar ineficaz aquela declaração do investigado, devendo ser desconsiderada para efeitos da ação penal, sequer admitindo-se a sua juntada.

Há dois aspectos em jogo. O primeiro deles, de reflexo civil, concerne a forte carga persuasiva da confissão na esfera da responsabilidade civil a ser perseguida pela vítima. Quando confessa para a obtenção da vantagem processual, o investigado é orientado de todas as consequências, inclusive de efeitos cíveis, decorrentes daquele comportamento. Portanto, a frustração do acordo pode municiar a vítima com informações que a coloquem em posição de vantagem em outras esferas jurídicas, o que reforça a premissa de que a confissão apresentada a com a finalidade de negociar seja descartada.

O segundo aspecto, de natureza processual, diz respeito à possibilidade de utilização da confissão apresentada pelo investigado por ocasião do processo penal a ser instaurado, frustrando comportamentos e estratégias processuais que poderiam ser articuladas pela defesa, o que também se apresenta como reforço para a necessidade de descarte da confissão.

Portanto, a confissão apresentada em acordo de não persecução penal que deixa de ser homologado pelo juiz deve ser tornada sem efeito, facultando-se ao investigado, por ocasião da ação penal, ter a liberdade para ficar em silêncio, confessar ou apresentar outra versão sobre o fato.

2.12. Da desclassificação de tipos penais e o acordo de não persecução penal

A reforma operada pela Lei n. 13.964/2019 não deixou clara a possibilidade de aplicação dos benefícios advindos do acordo de não persecução penal em casos de desclassificação das infrações imputadas, sendo o novo tipo penal adequado aos requisitos previstos no art. 28-A do CPP.

O controle da tipicidade do fato imputado na denúncia raramente ocorre por ocasião do recebimento da exordial, mas tão somente ao final da instrução, quando do exame do mérito da causa, o que dificulta um controle de adequação entre o fato imputado e a

possibilidade de aplicação do art. 28-A do CPP.

Pensamos que no caso em que ocorra a desclassificação para um crime que comporte o acordo de não persecução penal deveria o juiz interromper o ato decisório e abrir vista ao Ministério Público para se manifestar sobre a nova capitulação, caso comporte o benefício do acordo de não persecução penal.

Se a desclassificação do delito ocorrer no momento do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, o juiz que presidir o julgamento deve prolatar a sentença de acordo com a decisão dos jurados, desclassificando o delito para infração que comporte o acordo de não persecução. Neste caso, pensamos também que deva ser oportunizada ao Ministério Público a possibilidade de se manifestar sobre a hipótese.

Do ponto de vista prático, a ideia do acordo de não persecução penal é evitar a movimentação da máquina estatal com a instauração do processo penal. Na desclassificação a máquina foi efetivamente movimentada, o que tornaria sem sentido firmar um acordo para uma pretensão que foi efetivamente exercida.

No entanto, não se pode deixar de considerar que o acordo traz uma série de vantagens quando comparado com um decreto condenatório. Então, em casos de desclassificação, o propósito do acordo seria afastar o rigor da aplicação da pena derivada de sentença condenatória e a reincidência, cabendo ao Ministério Público propor negócio, agora de caráter processual, com a aplicação das condições do art. 28-A, incisos I a V do CPP. Teríamos, então, um acordo impróprio de não persecução penal.

Aqui há um aspecto peculiar, já que a impossibilidade de se firmar o acordo ocorreu não por um comportamento negativo do investigado, mas por uma interpretação diversa por parte do Ministério Público em relação ao fato imputado. Dessa forma, não nos parece que o acusado possa ser penalizado por conta da independência funcional do membro do Ministério Público, sendo necessário compatibilizar os interesses em jogo.

2.13. Da impossibilidade de notificação do investigado para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e a possibilidade de apresentação da proposta por ocasião da citação

Ainda que o desenho do acordo de não persecução penal pressuponha proposição e discussão por ocasião da fase de investigação, possivelmente teremos casos em que o Ministério Público não logrará notificar o investigado para se manifestar sobre o interesse, o que certamente levará o Parquet a prosseguir com o oferecimento da denúncia.

Realizada a citação, parece-nos plenamente possível que na Resposta o acusado possa provocar o Ministério Público indicando o seu interesse na realização do acordo de não persecução penal.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais o art. 79 da Lei n. 9.099/1995 trata da hipótese em que não é possível realizar a composição civil e a transação penal na fase preliminar do procedimento. De acordo com o dispositivo, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, serão elas realizadas naquele momento processual.

Então, ao abrir a audiência, estando presentes a vítima, seu representante civil,

quando for o caso, o representante do Ministério Público, o autor do fato e sua defesa, deve o juiz togado renovar a proposta de conciliação, objetivando a reparação dos danos civis causados à vítima.

Aceita a proposta, lavrará o termo do acordo celebrado, extinguindo-se a punibilidade do acusado se o delito for de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada. Sendo o delito de ação penal pública incondicionada, ou não tendo havido a composição do dano civil, deve dar a palavra ao Ministério Público para renovar a proposta de transação penal.

Poder-se-ia, portanto, interpretar a possibilidade de apresentação da intenção de celebrar o acordo por ocasião da primeira intervenção do acusado no processo penal, dando-lhe a oportunidade de demonstrar o interesse no acordo de não persecução, em virtude de não ter sido encontrado para manifestar sua vontade na fase investigatória, em analogia ao que prevê o art. 79 da Lei n. 9.099/95.

3. CONCLUSÃO

Há um grande avanço com a disciplina do acordo de não persecução, em especial, sob a ótica da desjudicialização. Um exercício adequado do novo instituto certamente contribuirá para uma diminuição das ações penais e da atividade jurisdicional em matéria penal.

É necessário, no entanto, que a defesa tenha muita atenção na condução dos acordos de não persecução, principalmente do ponto de vista da sua vantajosidade, evitando confissões e aplicações de penas restritivas de direito de modo indevido.

Para isso, torna-se imprescindível que se discuta a investigação criminal direta pela defesa como forma de qualificar o debate entre Ministério Público, defesa técnica e investigado por ocasião da fixação dos termos do acordo de não persecução.

4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*. Salvador: Juspodivm, 2019

ANGIOLINI, Giulia. I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale tra legalità costituzionale ed esigenze di effettività. Tese (Dottorato in Diritto Pubblico, giustizia penale e internazionale). Università degli studi di Pavia, Pavia, P. 408. 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Vol. 26. P. 197-210. Acesso em 05 de fev 2016. Disponível em http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Coleção repercussões: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

______. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

______. Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. n. 03. 2012. Acesso em www.civilprocedurereview.com.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLINE, Richard. *Defense investigation and discovery criminal cases*. Minnesota: Aspatore. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Caso Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia. 2014. Disponível em https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-142672"]} acesso em 22 nov. 2018).

DIDIER JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Coleção repercussões: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

______. *Curso de direito processual civil*. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

______. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. I, dezembro de 2007.

GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ILLUMINATI, Giulio. modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1988.

KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal* / Vol. 45. N. 1, 2004.

LANGEVIN, Julián Horacio. *Sin defensa no hay juicio*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editores, 2013.

LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso Missouri vs. Frye. 2012. Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/ acesso em 22 nov. 2018.

TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale. Milano: Giuffrè. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 117.Vol. I.

VITIELLO, Michael. Bargained-for-justice: Lessons from the Italians. *The University of the Pacific Law Review*. Vol. 48. 2017.

CAPÍTULO VIII

VISÃO CRÍTICA DA EXECUÇÃO PENAL

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Sociologia da UFPR. Defensor Público no Estado do Paraná.

CAPÍTULO VIII – VISÃO CRÍTICA DA EXECUÇÃO PENAL

OBSTÁCULOS E DESAFIOS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

I. INTRODUÇÃO

Dá-se por pressuposto a constatação inicial de que o sistema penitenciário brasileiro enfrenta problemas graves de gestão e de respeito a direitos fundamentais. Ainda que muitos busquem justificar moralmente tal contexto, no debate político, a admissão de tais "condições de fato" tem sido reconhecida tanto em falas de autoridades ligadas ao Poder Executivo como formalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando declarou o sistema prisional pátrio em "estado de coisas inconstitucional" (ADPF 347/DF).[412]

O propósito deste texto é esboçar as linhas gerais do que significaria, do ponto de vista material e processual, levar a cabo um processo de efetiva constitucionalização do direito de execução penal brasileiro, tomado como seara própria e distinta dos debates sobre a constitucionalização do direito penal e do direito processual penal.

Embora se possa reconhecer que foram dados passos importantes com os debates travados no bojo da ADPF 347/DF e naqueles que resultaram na Súmula Vinculante 56-STF e acórdão do REXT 641.320[413], valendo mencionar também o

---

[412] O Supremo Tribunal Federal reconheceu quadro de crônica violação de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, no bojo da ADPF 347, em medida cautelar (aguardando, na data de conclusão deste, julgamento de mérito): "Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". (...)" (STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/09/2015).

[413] O tema então enfrentado foi a ausência de vagas em estabelecimento adequado para o regime semiaberto, abrindo caminho para prisão domiciliar e para a antecipação de direitos da execução penal: SV 56-STF: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". Por sua vez, trecho da ementa do acórdão ali citado: "Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado" (STF, RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423).

acórdão do REXT[414], as providências são tímidas e não entram nas dimensões mais sensíveis da questão. Reconhece-se as violações da dignidade em matéria prisional, mas as consequências jurídicas a elas atribuídas não estão adequadas à sua estatura constitucional. Em outras palavras, embora seja fundamental reconhecer consequências cíveis e administrativas, bem como a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas, é insustentável o silêncio quanto a providências mais diretas, imediatas e incidentes sobre as próprias decisões judiciais determinando prisões - penais ou processuais - cuja execução se dá em condições ilegais.

Propomos trabalhar com dois eixos absolutamente interdependentes e relacionados: a garantia de direitos e o acesso à justiça no sentido de sua jurisdicionalização. Afinal, só há efetivamente direitos onde há a possibilidade concreta de sua reivindicação e garantia. A partir dessas duas matrizes, buscamos sugerir uma agenda viável em face dos diversos obstáculos, questionando o papel que os Tribunais tem exercido e deixado de exercer nesse sentido.

Ao final, concluímos que travar o "bom combate" em prol da constitucionalização de uma área que é carente do "jurídico" no sentido mais singelo deve ter como uma de suas principais estratégias ir às Cortes, levando questões sensíveis e capilares do cotidiano penitenciário – além das "grandes questões" – aos Tribunais Superiores.

II. CONSTITUCIONALIZAR A EXECUÇÃO PENAL E SEUS EIXOS CENTRAIS

O tema da *constitucionalização* de qualquer área ou ramo do ordenamento jurídico comporta vários sentidos possíveis: no caso presente, brasileiro, implica questionar qual o efetivo impacto da elevação da dignidade humana a fundamento da República (art. 1º, III, CF) e qual a repercussão capilar da vedação a penas crueis (art. 5º, XLVII, "e", CF) e da assunção da aplicabilidade imediata do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CF). Seria a linha pela qual já se definiu o tema pelo "efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia por todo o sistema jurídico"[415]. O que isso significa em matéria penitenciária? Significa, ou deveria, tanto a maximização do reconhecimento de direitos individuais como limite à discricionariedade da autoridade administrativa penitenciária, como a ampliação das possibilidades de jurisdicionalização de demandas que vem se mantendo ocultas na relação disciplinar e dentro dos muros do cárcere.

FERRAJOLI defende o constitucionalismo como espécie de "positivismo reforçado, uma vez que com ele são inseridas como normas jurídicas positivas também as escolhas

---

[414] Reconheceu-se, então, a responsabilidade civil do Estado em face de condições ilegais de custódia: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento" (STF, Tese definida no RE 580.252, rel. min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, P, j. 16-2-2017, DJE 204 de 11-9-2017).

[415] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, p. 351-352.

políticas a que o legislador está obrigado a obedecer"[416]. Segundo o autor, há quatro fontes de legitimação da expansão da jurisdição: a) sujeição do juiz somente à lei (respeito à legalidade estrita); b) verdade processual como base para a decisão de aplicação da lei; c) para garantir a independência do poder político, o julgador se ocupará da garantia dos direitos fundamentais em casos individuais, nunca um qualquer "interesse geral" e abstrato; d) haverá controle, em vários níveis, do exercício ilegal da violência pelo Estado.

Para se referir a área na qual esse debate avança há mais tempo, na busca de modelos interpretativos da legislação civil comprometidas com a garantia dos valores constitucionais, a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados sempre tem por ponto de referência axiológica a Constituição da República, a qual exerce, dessa forma, função de reunificação do direito privado[417]. O desafio do novo século era e continua sendo o de conferir eficácia a direitos conexos à dignidade humana que foram reconhecidos e declarados no século XX. No centro desse esforço interpretativo sempre estiveram o objetivo de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais[418].

Acaso seria diferente na dimensão penal? Há relevante e consistente produção teórica sobre a constitucionalização do direito penal e do direito processual penal, com ênfase, respectivamente, na defesa da teoria do bem jurídico[419] e princípios penais de limitação ao poder de punir[420], de um lado; e na defesa de um sistema processual efetivamente acusatório e respeitador de garantias[421], de outro. A abertura relativa do texto constitucional, porém, com a previsão expressa de mandados de criminalização (art. 5º, XLI a XLIV, CF), tem permitido interpretações em sentido político oposto à premissa da mínima intervenção, contrariando uma das principais diretrizes do iluminismo penal e abrindo novos debates sobre o papel político do Judiciário na invocação de direitos abstratos da coletividade em oposição a direitos individuais.

Pressupõe-se aqui o reconhecimento da autonomia do direito de execução penal ou penitenciário em relação ao direito penal e processual penal, havendo especificidades relevantes na discussão da forma de sua constitucionalização e a percepção política de uma

---

[416] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo e jurisdição". In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (org.). Direito Penal como crítica da pena, p. 235.

[417] FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[418] TEPEDINO, Gustavo. "Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil, p. XXV.

[419] Vale v. a concepção defendida por BRICOLA, Franco. "Teoria generale del reato". Novissimo Digesto Italiano, vol. XIV. Torino: Utet, 1973, p. 7-93. O direito penal constitucional decorre da consideração de uma eficácia vinculante e cogente da Constituição, e não apenas programática, a partir de um raciocínio bastante simples: se a imposição de uma pena significa a supressão ou redução institucional de um direito de alta relevância constitucional como é a liberdade individual, entender-se-á que só se poderá cogitar permitir ao Estado fazê-lo quando servir à proteção de outro bem ou direito de equiparável relevância.

[420] V. ótima suma em CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro, p. 241-270, sobre o princípio da secularização e suas consequências para o sistema de penas e outros princípios conexos ao garantismo jurídico (legalidade, pessoalidade, individualização e humanidade), todos previstos expressamente no art. 5°, incisos XXXIX e XL, e XLV ao L.

[421] Por exemplo, v. extensa produção de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Geraldo Prado; Aury Lopes Jr.; Antônio Scarance Fernandes; Gustavo Badaró; entre outros.

agenda que pode ser considerada em compasso de atraso ainda maior que as demais. A LEP, que é de 1948, assume a autonomia da matéria a partir da criação de uma jurisdição especializada para a execução penal (LEP, Exposição de Motivos, Item 15 e ss.).

Não se pode confundir o estudo do direito de execução penal com o estudo da prisão; esta é prática que se impõe como modalidade hegemônica de punição durante os séculos XVII e XVIII, em momento cronologicamente anterior a sua internalização pelos ordenamentos jurídicos locais[422]. Mesmo tais práticas punitivas chegaram "depois" no Brasil, inevitavelmente associadas à transição tardia e inacabada do escravismo à industrialização. A pena privativa de liberdade aparece no debate e na legislação do Império, no século XIX, mas vem a se consolidar como forma principal de punir apenas no primeiro Código Penal republicano, em 1890. Traços concretos de liberalismo estão presentes na primeira Constituição do país independente, de 25 de março de 1824, a qual previa princípios como o juiz natural, a intranscendência das penas e a abolição das penas crueis, estabelecendo também que "as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes" (art. 179, XXI, Constituição de 1824).

Também o Código Criminal do Império, sancionado em 16 de dezembro de 1830, foi influenciado pelo "iluminismo penal", trazendo enfim a privação de liberdade como pena, mas ainda envolta a uma gama de onze penas possíveis: pena de morte; de galés; prisão com trabalho; prisão simples; banimento; degredo; desterro; multa; suspensão do emprego; perda do emprego e açoites.

A primeira prisão propriamente "penitenciária" a ser aberta no Brasil foi a Casa de Correção da Corte, no Rio de Janeiro, inaugurada em 1850 – o mesmo ano da proibição do tráfico de escravos no país. A República Federativa dos Estados Unidos do Brasil foi proclamada em 15 de novembro de 1889, pouco mais de um ano após a abolição da escravidão, passando-se de imediato à abolição da pena de galés (Dec. n. 774, de 20 de setembro de 1890) e à elaboração de um novo Código Penal. Este, de 11 de outubro de 1890, previa as seguintes penas: (a) prisão celular como pena principal; (b) reclusão; (c) prisão com trabalho; (d) prisão disciplinar; além de possível banimento, interdição, multa e suspensão ou perda de emprego público. Foi também abolida a prisão perpétua, limitando-se a privação de liberdade a trinta anos.

O otimismo das elites na transformação do país em uma "nação moderna e civilizada", característica do início do século XX, passava pela exclusão dos afrodescendentes em prol do "embranquecimento" da população brasileira, através da absorção da população imigrante européia como mão-de-obra a ser explorada – mas empregada – na transição à industrialização. Nesse contexto, a investigação de um "projeto penitenciário" nacional ganha contornos inafastavelmente ligados à passagem gradual do escravismo

---

[422] Eis algumas referências sobre uma abordagem histórica da prisão no Brasil: SALLA, Fernando. "A pesquisa sobre as prisões: um balanço preliminar". In: KOERNER, Andrei (coord.). História da Justiça Penal no Brasil. São Paulo: Ibccrim, 2006, p. 107-127; MAIA, Clarissa N.; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. História das Prisões no Brasil. v. I e II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. Como obras de referência, vale v. SALLA, Fernando. As prisões de São Paulo, 1822-1940. São Paulo: Annablume, 1999; e PEDROSO, Regina Célia. Os signos da opressão. História e violência nas prisões brasileiras. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

ao capitalismo dependente[423] e à questão racial[424]. O discurso não é fundado na igualdade, mas na busca de legitimação política da desigualdade.

A fragilidade política do Código Penal de 1890, muito criticado, e a profusão da legislação penal extravagante levaram à Consolidação de 1932 e à intensificação dos trabalhos por um novo Código Penal. Ao mesmo tempo, o poder foi novamente centralizado com a ditadura do Estado Novo (1937), após a "Revolução de 30". Em 1940 foi publicado o novo Código Penal brasileiro, sob forte influência do Código Penal Italiano de 1931, conhecido como *Codice Rocco*.

O Código Penal de 1940 manteve o sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade. Segundo Roberto LYRA, porém, seria "uma progressão original, flexível e realista"[425], caracterizada pelas fases: (1) isolamento diurno e noturno para observação; (2) trabalho interno ou externo, em comum; (3) colônia penal; (4) livramento condicional. Valorizava, evitando o "automatismo" na passagem de uma fase à outra, o princípio da individualização, entendido como base para uma análise condicionada à demonstração, por parte da pessoa presa, de ter condições de usufruir mais liberdade.

Foi nessa década que se discutiu, pela primeira vez, a possibilidade de uma legislação específica para a execução penal, com a elaboração de um Projeto de Código Penitenciário da República, em 1933. Nesse ínterim, em meados da década de 50, sob a Constituição de 1946, foi publicada a Lei de Normas Gerais do Regime Penitenciário (Lei 3.274, de 2 de outubro de 1957, revogada pela LEP em 1984), introduzindo de forma mais explícita os elementos da individualização do tratamento e a importância do trabalho e da "educação para a ressocialização". Houveram ainda ao menos três novas tentativas de codificação da matéria: em 1957 se chegou a elaborar um Anteprojeto de Código Penitenciário; em 1963, Roberto Lyra liderou a redação de um Anteprojeto de Código das Execuções Penais; e em 1970, foi elaborado Anteprojeto com o mesmo título, sob a tutela de Benjamin Moraes Filho[426].

Vale mencionar, ainda, a lei 6.416, de 12 de março de 1977, a qual modificou o Código Penal e abriu espaço a mais percursos de alternatividade, dando nova regulamentação à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional. Tal lei expandiu pontos importantes e, principalmente, instituiu a distinção entre regimes fechado, semiaberto e aberto. Mas foi isso: com as leis no. 7.209 (reforma da parte geral do Código Penal brasileiro) e no. 7.210 (Lei de Execução Penal – LEP), ambas de 11 de julho de 1984 LEP, completamos o ciclo legislativo sobre a matéria, toda ela – salvo modificações pontuais posteriores – anterior à promulgação da atual Constituição da República, que é de 1988.

Posto isso, enfim, o que significa constitucionalizar o direito de execução penal? Um primeiro ponto diz respeito à orientação teleológica da execução da pena privativa de li-

---

[423] ALVAREZ, Marcos César. Bacharéis, Criminologistas e Juristas, p. 54 e ss.

[424] HUGGINS, Martha. From slavery to vagrancy in Brazil. New Jersey: R. University Press, 1985.

[425] LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal, vol. II (Arts. 28 a 74), p. 61 e ss.

[426] LYRA, Roberto. "Justificação do anteprojeto de Código das Execuções Penais". Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 2, jul.set. 1963, p. 3-53. Sobre os diversos projetos elaborados e comissões constituídas no transcurso do século XX, v. DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

berdade. Código Penal e LEP indicam adesão a uma concepção polifuncional de pena, ao estabelecer que o juiz deverá determinar e quantificar a pena "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (art. 59, CP). Porém, não é tão simples compatibilizar "à força" orientações axiológicas incompatíveis entre si, como são os horizontes retributivo e utilitarista da pena. Ademais, a elevação da dignidade humana a fundamento da República confere novo significado às diretrizes legais de garantia de direitos, sobretudo aqueles não diretamente atingidos pela sentença condenatória (consoante a cláusula geral do art. 3º da LEP e art. 38 do Código Penal). O art. 1º da LEP, por sua vez, estabelece como objetivo da execução efetivar as disposições da sentença e "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". A Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) e com caráteer supralegal (STF, RE 466.343, j. .05/06/2009), vai na mesma linha: "as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados" (art. 5, nº 6), assim como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 10, §5º).

Reconhecê-lo deve, necessariamente, produzir implicações práticas significativas, a começar pela rejeição da finalidade de incapacitação ou neutralização como justificativa da pena de prisão. De outro lado, não significa necessariamente uma adesão acrítica ao discurso da "ressocialização", mas sim parâmetro interpretativo da legislação infraconstitucional. Nas poucas vezes em que o STF se manifestou explicitamente sobre o tema, foi reconhecida a admissibilidade do escopo de reintegração social: "*A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social*" (STF, HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006). O tema em regra retorna quando se trata de remição de pena: "*Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização*" (STF, RHC 136509/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 2º T., j. 04/04/2017).

Em complemento, também como tema transversal ao debate, vale registrar a crítica da insuficiência, na prática, do discurso minimalista no plano meramente legislativo – boa parte da discussão sobre a constitucionalização do direito penal, portanto. A inflação penal por meio de uma vasta e assistemática legislação extravante é um problema, sem dúvida, mas as penas de prisão efetivamente executadas se dão sobre uma pequena parcela dos tipos penais existentes. Há uma ontológica inefetividade sancionatória: "é esta esfera do sistema de criminalização primária que determina o processo de inflação da demanda por punição simbólica, que resulta irrealizável pelo sistema de criminalização secundária"[427]. A seleção que é inerente a este processo implica um direito penal que "nos fatos" se caracteriza pela incidência prioritária sobre sua tradicional "clientela" de jovens desempregados e pobres presos provisórios ou condenados por crimes que – eis o ponto

---

[427] PAVARINI, Massimo. "Per un diritto penale minimo: 'in the books' o 'in the facts'? Discutendo con Luigi Ferrajoli". Dei Delitti e Delle Pene, p. 148: "è questa sfera del sistema di criminalizzazione primaria che determina il processo inflativo di domanda di penalità simbolica, che risulta insoddisfabile dal sistema della criminalizzazione secondaria". Sobre o tema v. SGUBBI, Filippo. Il reato come rischio sociale. Bologna: Il Mulino, 1990.

– dificilmente seriam objeto de descriminalização em um eventual consolidação de um "direito penal mínimo" no plano normativo.

Definir o sentido de uma agenda de constitucionalização da execução penal, portanto, admitindo como válida a orientação teleológica referida acima, significa trilhar via própria: a qual, em síntese, consiste em problematizar de forma muito mais clara os limites à ação administrativa da autoridade penitenciária em sua relação mais imediata com os reclusos.

Não há espaço, nesse caso, para ilusionismos retóricos fundados nos mandados de criminalização – que o texto constitucional efetivamente prevê – ou interpretações "pro societate" de princípios limitadores do poder punitivo. O respeito a direitos individuais garantidos pela Constituição e pela lei não pode ser tratado, em um debate honesto, como se o respeito a eles implicasse na redução ou na mitigação de direitos de terceiros.

Ocorre que o "estado da arte" do tema é tão parco, no sistema de justiça brasileiro, que soa ousado demais falar em "constitucionalização" de uma área na qual já é um avanço falar em "jurisdicionalização". É por isso que os termos são aqui aproximados. A dificuldade de jurisdicionalização da execução penal é, afinal, traço imanente à sua configuração como locus, por excelência, do exercício do poder disciplinar. Afinal, se a jurisdição se esgota (como poder caracterizado pela substitutividade e pela formação de coisa julgada, segundo a concepção objetivista de Giuseppe Chiovenda[428]) com o trânsito em julgado da sentença, é até coerente que se afirme ser a execução atividade meramente administrativa, faltando à função exercida pelo juiz de execução os caractereres distintivos da função jurisdicional.

A opção que preconiza uma natureza mista da execução não guarda diferenças profundas com esta última, na medida em que ambas convergem nas premissas: sendo a execução penal uma atividade mista ou complexa, apenas se visualiza o exercício de função jurisdicional em seu início e encerramento, e nos momentos em que o Juiz é chamado a decidir sobre questão incidental, exercendo-se, no mais, função administrativa quanto ao cumprimento da pena.

Indiscutivelmente prevalente[429], foi essa a interpretação conferida por boa parte da doutrina nacional após a LEP[430]. Afirmou-se, na oportunidade, que o direito penitenciário seria ontologicamente ligado ao direito administrativo, sem prejuízo do reconhecimento da existência de um processo de execução de natureza jurisdicional. A concepção híbrida, em outras palavras, pressupõe um processo administrativo de execução "dentro" do qual haveriam procedimentos incidentais jurisdicionalizados.

Mas mesmo assim – ainda que se trate apenas de direito administrativo – há garantias e questões constitucionais a se avançar: se executar a pena é atuar o poder-dever

---

[428] CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di Diritto Processuale Civile, 2. ed. V. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 1.

[429] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 37-8.

[430] Vide o teor das Súmulas 39 e ss. do encontro "Mesas de Processo Penal" realizado no primeiro semestre de 1985; cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

de punir do Estado que decorre do acertamento do caso penal realizado pelo juiz, na sentença ou acórdão, tal atuação não pode consistir em uma "carta em branco" às autoridades penitenciárias, mas – e este é o ponto – deve ser inteiramente balizada e limitada pelo conteúdo da condenação.

Em outras palavras, o acertamento do caso penal, ou seja, a verificação de "uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal"[431], não se exaure no trânsito em julgado da sentença condenatória, mas persiste como conteúdo balizador do cumprimento integral do que o próprio ato de acertamento determina como pena a ser aplicada. Admitindo ser a força vinculante e formadora de coisa julgada o efeito característico da função jurisdicional[432], quer-se, na execução, a concretização de tal vinculação com respeito pleno ao fundamento da dignidade humana e com amplo controle judicial.

Nas palavras de RIVERA BEIRAS, tratar-se-ia a execução jurisdicionalizada de um "segundo momento do processo penal", com a incidência dos respectivos princípios constitucionais, sobretudo o da legalidade[433].

O problema é que é justamente o rompimento para com o "julgado" que caracteriza a pena moderna e flexível, dentro de um paradigma correcionalista e preventivo. Inclusive, a tensão entre a afirmação da jurisdicionalidade da execução e a flexibilidade inerente à pena moderna implica e recomenda uma reflexão mais aprofundada em face da noção de coisa julgada, tanto em relação à sentença condenatória como em face das decisões proferidas no curso da execução.

Em suma: a sentença é o título executivo que delimita e vincula a execução da pena, mas a forma de sua concretização está balizada pelos parâmetros constitucionais fundados no princípio da dignidade. Logo, a função jurisdicional na execução penal tem – ou deveria ter – caráter limitador e garantista, no sentido de redução de danos, especialmente em face da garantia legal de todos os direitos não atingidos pela condenação (art. 3º, LEP).

Se é assim, uma execução penal jurisdicionalizada implica, no mínimo: (a) a limitação e a vinculação da discricionariedade das autoridades penitenciárias com base no conteúdo da condenação e na própria lei e Constituição; (b) a garantia do direito constitucional à ampla defesa e contraditório em todas as situações, inclusive quando se trata de redução de direitos praticada pela autoridade penitenciária como forma de manutenção da ordem; (c) a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões – judiciais ou administrativas – que impliquem modificação qualitativa e/ou quantitativa no cumprimento da pena.

Ora, desde um prisma crítico-descritivo, a jurisdicionalização colocada nesses termos – essencialmente ligada à concepção funcionalista da retribuição como limite – soa efetivamente como um paradoxo insanável em face de uma pena privativa de liberdade historicamente construída como flexível e de uma administração inteiramente voltada à

---

431 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989, p. 135.

432 CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di Diritto Processuale Civile, v. II, p. 7.

433 RIVERA BEIRAS, Iñaki. La cuestión carcelaria, p. 314.

manutenção da ordem interna e da disciplina. Como referido, o rompimento para com o conteúdo da decisão transitada em julgado e a instabilidade da ordem interna assinalam os traços característicos da pena moderna.

Sendo assim, o jurista crítico deve reconhecer – descritivamente – a execução penal como um espaço de não-direito e, portanto, de puro exercício do arbítrio, sem que isso o leve à resignação e ao afastamento. Para tanto, porém, é preciso sempre afirmar – normativamente – a importância da contenção, pela via jurisdicional, do arbítrio consubstanciado no cotidiano que dá conteúdo à execução da pena, mesmo se de forma sabidamente limitada. É a posição conhecida como negativa ou agnóstica[434].

Trata-se da única posição legítima, do ponto de vista normativo, em face do teor da LEP e da Constituição da República, que configuram uma execução penal dinâmica e voltada à inclusão social – muito além, portanto, da concepção estática ou meramente formalizadora/realizadora dos resultados do processo de cognição.

Assim, constitucionalizar o direito de execução penal é conferir efetividade ao princípio da dignidade humana elevado à condição de fundamento da República[435], produzindo consequências penais de ordem material e processual - não somente cíveis ou administrativas - que atingem, na forma de limites, o cotidiano penitenciário e a administração das unidades prisionais.

A propósito, de acordo com Jonathan SIMON, o princípio da dignidade tende a adquirir relevância e papel transformador similar àquele cumprido pelo princípio da legalidade penal no século XIX, reformulado como direito positivo de reconhecimento: "não haverá crime e nem pena sem respeito pela dignidade humana"[436].

Os âmbitos mais delicados de repercussão de uma efetiva projeção da dignidade humana sobre o direito de execução penal são a análise judicial das condições ilegais de custódia e o incremento do controle do sistema disciplinar e da relação jurídico-administrativa entre pessoa presa e autoridade penitenciária. Implica também, de outro lado, na maior abertura dos Tribunais ao reconhecimento de questões constitucionais na matéria, e não somente violações reflexas, bem como ao conhecimento de ações de natureza coletiva, em especial o *habeas corpus*. São esses os temas tratados sinteticamente no próximo tópico.

III. EM BUSCA DE UMA AGENDA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Os dois eixos propostos e entrelaçados para uma agenda de constitucionalização do direito de execução penal são a maximização da garantia de direitos por imperativo constitucional e a possibilidade de jurisdicionalização de todos os aspectos atinentes ao cotidiano penitenciário. Quais seriam os tópicos centrais a partir deles? E os principais

---

[434] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. "Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 18, 2010.

[435] Sobre a abrangência das violações de tratados de direitos humanos e o controle de convencionalidade, v. RIVERA BEIRAS, Iñaki. La cuestión carcelaria, p. 329 e ss.

[436] SIMON, Jonathan. "The Second Coming of Dignity". In: DOLOVICH, Sharon; NATAPOFF, Alexandra (ed.). The New Criminal Justice Thinking, p. 275.

obstáculos até aqui encontrados?

III.1. Direitos onde não há Direito: o fantasma das versões brasileiras da teoria da "hands off"

Se o Estado de Direito está na sujeição dos poderes públicos à lei, então há uma relação diretamente proporcional entre o "espaço da da jurisdição" e o "desenvolvimento dos sistemas de limites e de vínculos legais impostos aos poderes públicos"[437].

Ocorre que a a noção de direitos individuais tem referenciais semânticos complexos, no contexto do processo de redemocratização brasileira, com diferentes significados, especialmente através dos movimentos sociais populares dos anos 70 e 80, os quais vinculam o conceito a reivindicações de natureza coletiva[438]. Falar em direitos dos presos, de forma específica, remete a um discurso ainda mais recente e pertencente àquela dimensão própria do pós-guerra que não apenas afirmava a liberdade ou a autonomia do sujeito, como se vinha fazendo desde o iluminismo, mas passava a reconhecer direitos sindicáveis judicialmente em dimensões até então descritas e previstas como espaços "livres" da intervenção do Poder Judiciário. A execução da pena privativa de liberdade era tratada explicitamente como o lugar do arbítrio e do poder absoluto da autoridade administrativa sobre o recluso, inserto em uma especial relação de sujeição antipática à reivindicação de direitos individuais.

Seja através das teorias da "supremacia especial" ou da versão norte-americana das *hands-off*, a primeira consequência da adoção de perspectivas como essas no âmbito da execução penal é a subtração da administração penitenciária a qualquer tutela jurisdicional, "não se valorando" as condições materiais de encarceramento e principalmente a produção de normas administrativas internas segundo qualquer modalidade de controle ou limite e até mesmo a garantias constitucionais.

A teoria norte-americana das "hands-off" declinava a intervenção do Poder Judiciário na tutela de relações que concerniam exclusivamente à Administração Pública, legitimando, assim, uma política de afastamento e não-interferência na execução penal.

Pode-se mencionar ao menos dois fundamentos comumente argüidos pela doutrina do *hands-off*[439]: o princípio da separação de poderes e o temor de que a intervenção judicial prejudicasse os objetivos imediatos da administração do estabelecimento penitenciário, que são a manutenção da ordem e da segurança internas. Pode-se mencionar, nesse sentido, decisão da Corte da Virgínia em meados do século XIX que declarava o condenado como "escravo do Estado"[440].

---

[437] FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo e jurisdição". In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (org.). Direito Penal como crítica da pena, p. 233.

[438] CALDEIRA, Teresa. "Direitos humanos ou 'privilégios de bandidos'? Desventuras da Democratização Brasileira". Novos Estudos, p. 163.

[439] VOGELMAN, Richard P. "Prison restrictions – Prisoner Rights". RADZINOWICZ, Leon; WOLFGANG, Martin (org.). Crime and Justice III: The Criminal in Confinement, p. 53. Para uma importante crítica, v. "Beyond the ken of the courts: a critique of judicial refusal to review the complaints of convicts", *The Yale Law Journal*, vol. 72, n. 3, 1963, p. 506-558.

[440] Ruffin vs. Commonwealth, 62 Va.[21 Gratt] 790 [1871], cf. HAWKINS, Gordon. The prison: policy

A ampliação da possibilidade de questionamento judicial da situação das prisões se deu a partir de algumas decisões históricas, desde Coffin vs. Reichard (1944), trazendo o princípio segundo o qual o "prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão normal a não ser aqueles expressamente, ou por implicação necessária, afastados pela lei"[441], até sucessivos julgamentos que, a partir da década de 60, e especialmente com Monroe vs. Pape (1961), passaram a admitir a apreciação judicial da ilegalidade das condições carcerárias[442].

Estabeleceu-se, então, a necessidade de se realizar, no caso concreto, um juízo de ponderação entre os interesses do recluso e do estabelecimento prisional[443], porém com um importante ganho: em nenhuma hipótese, mesmo com motins ou perturbações excepcionais da ordem interna, a administração penitenciária teria legitimidade para negligenciar direitos fundamentais dos reclusos não atingidos pela sentença condenatória, como, por exemplo, o direito à alimentação.

Ainda que a apreciação judicial das condições carcerárias e da superlotação, no Brasil, tenha avançado nos últimos anos – sobretudo com a Súmula Vinculante 56-STF e o acórdão a ela relacionado – permanece um obstáculo fundamental na concepção restritiva do conceito de "prisão ilegal" previsto no art. 5º, LXV, da CF, segundo o qual a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. A aferição da "ilegalidade" não é associada às condições de custódia, mas tão somente aos fundamentos e pressupostos da decisão que decreta a prisão, postura dóxica quase nunca questionada ou problematizada e que tem consequências profundas de ordem material e processual.

Uma prisão preventiva decretada nos termos da Lei, por exemplo, com seus requisitos em abstrato preenchidos, mas cujo cumprimento insere o réu em uma carceragem de delegacia de polícia sem as menores condições de custodiar qualquer tipo de animal ou ser humano, é legal ou ilegal? A redução semântica é tão grave que alcança também as noções de "ato coator" e "constrangimento ilegal" em sede de habeas corpus. A discussão no Poder Judiciário só trataria dos requisitos e pressupostos em abstrato da decretação da prisão, enquanto onde e como fica o preso seria responsabilidade do Executivo. A prisão em sua materialidade estaria fora, portanto, do âmbito de controle judicial. *Hands off.*

Ao mesmo tempo, não há dificuldade na declaração judicial da ilegalidade das mesmas condições materiais de custódia no bojo de eventual ação civil pública e/ou se interditado o estabelecimento. Ora, para que se cumprisse à risca a determinação constitucional, seria necessário relaxar a prisão imediatamente. Seria possível termos uma "ilegalidade cível-administrativa" declarada em ações de interdição de estabelecimentos prisionais, diferente de uma "legalidade penal", já que esta seria aferível apenas em abstrato? Não há sentido em tal asserção.

Trata-se de questão política delicada, pois é enorme a responsabilidade e o impacto de uma decisão que literalmente "abre as portas" de uma carceragem, por exemplo.

---

and practice, p. 136 e ss.

[441] Coffin vs. Reichard, 143, 6th Circuit, July 3, 1944, p. 444: "A prisoner retains all the right of an ordinary citizen except those expressly, or by necessary implication, taken from him by law".

[442] FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos Presos, p. 19 e ss.

[443] Nesse sentido v. a decisão Yaris v. Shaughnessy, 112 F. Supp. 143 (1953), § 144 (EUA).

Todavia, isso não justifica a ausência do debate. Especialmente porque, caso reconhecido que a determinação constitucional deva ser cumprida, surgirá o problema de qual seria a autoridade jurisdicional competente para exercer tal controle. Afinal, o juiz ou tribunal competente para exercer o controle judicial da legalidade das condições de custódia não necessita e nem deve ser o mesmo juiz ou tribunal responsável pelo controle da legalidade dos requisitos em abstrato que embasam a decisão que decretou a prisão.

A Defensoria Pública do Paraná apresentou Consulta à Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema[444], indagando "sobre a competência para relaxar prisão ilegal com base no reconhecimento de condições de custódia inadmissíveis, se do Juízo que decretou a medida privativa de liberdade, do Juízo responsável pela fiscalização das condições de custódia ou, ainda, de outro Juízo, agora os citados". Em resposta datada de 27 de junho de 2018 indica que "são questões que encerram entendimento de caráter jurisdicional" e que cabe à Defesa apresentar o pedido "ao Juízo que entender competente, o qual poderá declinar da competência, caso assim entenda necessário".

É o que em regra ocorre – o declínio de competência – quando o fundamento jurídico do pedido de relaxamento de prisão (ou seja, a aferição de ilegalidade da prisão) se encontra nas condições materiais de custódia. Tem-se um exemplo elucidativo de como um aspecto aparentemente formal funciona como mecanismo de evasão e evita o enfrentamento direto de questões sensíveis pelo Judiciário brasileiro.

O caso Verbitsky, julgado em 2005 pela Corte Suprema da Argentina, a partir de um habeas corpus coletivo, abordou aspectos similares, e de forma muito contundente determinou a soltura de diversos presos em prazo máximo de sessenta dias, reconhecendo a responsabilidade compartilhada dos três poderes pela situação do sistema penitenciário da Província de Buenos Aires. Fundamental destacar que não houve necessidade de individualização do paciente, admitindo-se a ação coletiva, justamente porque o fundamento do constrangimento ilegal residia na ilegalidade das condições de custódia, e não nos requisitos de cada decisão de decretação da prisão.

Nos EUA, ao julgar o caso Coleman v. Schwarzenegger, em 2009, o tribunal competente reafirmou a necessidade de redução na população carcerária do Estado, mesmo que para tanto fosse preciso a soltura de boa parte dos presos do local. sso para fazer viável a manutenção de condições mínimas de saúde aos reclusos. Há, evidentemente, um contexto maior e profundamente controverso: de um lado, diversos juízes passaram efetivamente a expedir alvarás de soltura diante da superlotação carcerária; de outro, o Congresso norte-americano buscou limitar e restringir tal postura com a Prison Litigation Reform Act, de 1995, lei elaborada com o objetivo explícito de evitar ordens de soltura a não ser como "remedy of last resort"[445]. A questão central girava em torno à violação da Oitava Emenda da Constituição norte-americana, que proíbe "cruel and unusual punishments". Também a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, veda "penas cruéis" (art. 5º, XLVII, "e", CF), mas não se tem conhecimento de um amplo e

[444] Consulta autuada com numeração 0037490-53.2018.8.16.6.000 (SEI-TJPR).

[445] Coleman v. Schwarzenegger e também Plata v. Schwarzenegger; sobre, v. "Recent Cases" in *Harvard Law Review*, vol. 123, 2010, p. 752-759.

efetivo debate sobre a responsabilidade e o papel de cada Poder – e especialmente do Poder Judiciário – e da sociedade civil em relação à questão carcerária, ao menos não nos termos ali claramente colocados.

A já citada Súmula Vinculante nº. 56-STF abre um caminho interessante quando utiliza os termos "estabelecimento penal adequado" e "regime mais gravoso", não restringindo o princípio ali aplicado somente à falta de vagas no regime semiaberto. Afinal, um estabelecimento de regime fechado superlotado não é um estabelecimento adequado e é possível reconhecer um regime qualitativamente mais gravoso em tal situação. Avançar nessa discussão abarca a questão do reconhecimento também de danos morais (STF, REXT 580.252-MS, j. 16/02/2017) e propostas inovadoras de compensação penal[446], aplicadas em diversos países.

III.2. Déficits de jurisdicionalização

Mencionaria, nesse tópico, três obstáculos de natureza processual à efetiva jurisdicionalização da execução penal: resistência ao reconhecimento de "questões constitucionais" com repercussão geral; resistência ao conhecimento de ações coletivas com consequências penais, notadamente o *habeas corpus coletivo* e, por fim, a ausência de mecanismos de controle judicial sobre boa parte do sistema disciplinar e da relação jurídica entre pessoa presa e autoridade penitenciária.

Primeiramente, há mecanismos que dificultam o controle de constitucionalidade, sobretudo aquele exercido por meio do julgamento de recursos extraordinários que trazem questões de repercussão geral. É comum que não haja juízo positivo de admissibilidade de tais recursos, quando de natureza penal, por não se identificar "questão constitucional", ou seja, um dos requisitos para conhecimento do recurso que é a violação a texto constitucional (art. 102, III, "a", CF).

Não há critérios claros quanto à possibilidade ou impossibilidade de invocação da violação a princípios constitucionais implícitos, como razoabilidade e proporcionalidade. Por sua vez, a Súmula 636 do STF dispõe que "*não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida*", ou seja, inadmitindo a ofensa considerada indireta ou "meramente reflexa". A tendência é exigir que o tema constitucional seja "autônomo e independente da interpretação que se faça a dispositivo legal' [447]. É uma forma de evitar ou dificultar que arguições de atipicidade ganhem relevo constitucional, inclusive aquelas referentes à aplicação do princípio da insignificância, em regra discutido no STF apenas em *habeas corpus*.

Em rápida consulta à lista de teses com repercussão geral reconhecida[448] no STF,

---

[446] Imprescindível v. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. "Compensação penal por penas ou prisões abusivas". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 132, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 331-381.

[447] Sobre, v. ROCHA Jr., Francisco Assis do Rego Monteiro. *Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais*, p. 73.

[448] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp. Acesso em 09/09/2019.

com um total de aproximadamente 400 (quatrocentas) itens, verificou-se que aproximadamente 30 (trinta), somente, tratam diretamente de matéria penal ou processual penal, sendo apenas 10 (dez) relacionadas à questão prisional[449], incluídos 2 (dois) temas que enfrentam o tema, a rigor, sob a ótica da responsabilidade civil do Estado. Com tão poucos recursos extraordinários, temas próximos à execução penal são levados a julgamento pelo STF prevalentemente por meio de habeas corpus e por vezes através de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Um segundo obstáculo relevante à ampliação do acesso à tutela jurisdicional é a resistência à admissibilidade de tutela coletiva penal, notadamente o habeas corpus coletivo, ou seja, com paciente indeterminado. Trata-se da dimensão processual do problema mencionado no tópico anterior. Em precedente importantíssimo – embora haja enorme resistência em primeira instância para a efetivação da decisão – o STF admitiu pela primeira vez e única até o momento, por sua 2a Turma, *habeas corpus coletivo* em fevereiro de 2018 (HC 143.641/SP), tendo como paciente *"todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças"*.

Como bem constatado pelo Ministro Relator no caso, não se trata de "pacientes indetermináveis" porque a situação se enquadra na categoria de direitos individuais homogêneos, "assim entendidos os decorrentes de origem comum", podendo-se tranquilamente empregar, de forma análoga, o art. 81, III, do CDC. Basta que a pessoa presa comprove se adequar às condições da ordem concedida, comprove estar custodiada no estabelecimento prisional em questão, etc.

A resistência aos dois tópicos mencionados acima pode ser considerada um mecanismo de "evasão constitucional", seguindo a interessante crítica sobre o sistema de justiça criminal estadunidense:

> Onde estão os juízes? Em teoria, controle e revisão judicial deveriam disciplinar o sistema penal e garantir que o exercício do poder punitivo pelo Estado não ultrapasse limites constitucionais. Mas ao invés de articular mecanismos de DISMISSAL, reversão ou condenação pública para desencadear um círculo virtuoso de reformas institucionais e de comprometimento oficial junto aos compromissos constitucionais fundamentais, os tribunais em grande medida legitimam os produtos de nosso claramente comprometido sistema penal[450]

---

[449] Trata-se dos temas de nº. 59, 365 (cível), 371, 423, 592 (administrativo), 758, 925, 941 e 959; sendo alguns desses (925 e 959) relacionadas a temas de direito processual penal (início da execução após condenação em segunda instância e inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória na Lei 11.343/06).

[450] DOLOVICH, Sharon. "Canons of Evasion in Constitutional Criminal Law". In: DOLOVICH, Sharon; NATAPOFF, Alexandra (ed.). The New Criminal Justice Thinking, p. 111. No original: "Where are the courts? In theory, judicial oversight and review are supposed to discipline the criminal system and ensure that the state's exercise of penal power does not exceed constitutional bounds. But instead of using the threat of dismissal, reversal ou public condemnation to trigger a virtuous circle of institutional reform and official compliance with core constitutional commitments, courts largely affirm the outputs of our plainly compromised criminal system".

A reflexão não é dirigida apenas aos Tribunais Superiores, mas "às cortes", ou seja, ao papel efetivamente assumido pelos juízes na interpretação e produção de sentido sobre o alcance dos limites constitucionais em matéria penal. A autora identifica, inclusive, três mecanismos centrais de "evasão", através dos quais o Judiciário resguarda e protege a ação estatal, ao invés de verificá-la e freá-la, quais sejam: a deferência ao Executivo, a utilização de presunções como pontos de partida e a articulação de questões substitutivas como forma de se desviar o foco[451]. Quando tais mecanismos são levados a cabo pelos Tribunais Superiores, há um efeito direto de legitimação de práticas de primeiro grau questionáveis e de enfraquecimento do controle difuso e incidental de constitucionalidade. Mais importante, não há um efeito direto de regulação da atividade policial e penitenciária.

Por fim, em terceiro lugar, é de se destacar a ausência ou fragilidade do controle judicial sobre boa parte do sistema disciplinar e da relação entre recluso e autoridade administrativa.

De início, apenas faltas graves, em regra, são comunicadas ao Juízo de Execução, embora a lei determine a comunicação de todo e qualquer isolamento, ainda que no bojo de faltas leves ou médias (art. 58, parágrafo único, LEP). Quando o Juízo analisa a falta grave, as sanções disciplinares de isolamento e suspensão de direitos já terão sido cumpridas e se exaurido. Eventual afastamento de falta evita apenas as consequências judiciais da falta grave, como interrupção do prazo para progressão de regime (Súmula 534-STJ) e perda dos dias remidos (ar.t 127, LEP). Isso faz com que, muitas vezes, a autoridade administrativa impute faltas sabidamente inexistentes, inclusive consciente da probabilidade de afastamento judicial, mas apostando no "efeito disciplinar" da imposição imediata das sanções administrativas citadas.

Vale observar que se aprovada a tese em repercussão geral de tema n. 941 (RE 972.598), a fragilidade do controle externo sobre a atividade disciplinar deve se agravar, pois ela dispõe sobre a "*possibilidade de afastar-se o prévio procedimento administrativo disciplinar – PAD, ou suprir sua eventual deficiência técnica, na hipótese de oitiva do condenado em audiência de justificação no juízo da execução penal, realizada na presença do ministério público ou defensor*"; podendo levar ao cancelamento da Súmula 533-STJ, a qual exige procedimento administrativo disciplinar com contraditório.

Desde a superação da *hands off* nos EUA, entendeu-se que o Judiciário deve sim "pôr as mãos" em matérias até então consideradas de interesse meramente administrativo - e não apenas se limitar a decidir incidentes processuais ou pedidos de "benefícios penitenciários". Vejamos rapidamente alguns exemplos de casos[452] que passaram, nos últimos cinquenta anos, pelos tribunais e pela própria Suprema Corte norte-americana: em face

---

[451] DOLOVICH, Sharon. "Canons of Evasion in Constitutional Criminal Law". In: DOLOVICH, Sharon; NATAPOFF, Alexandra (ed.). The New Criminal Justice Thinking, p. 112 e ss. Vale conferir o estudo apresentado sobre as arguições de violação da Oitava Emenda da Constituição norte-americana – proibição de penas crueis e desproporcionais – por conta de más condições prisionais. A autora identifica, nos julgados, tanto uma presunção de constitucionalidade das condições de custódia salvo constatação de risco concreto, como uma questão substitutiva: se algum servidor público foi negligente em relação ao risco concreto identificado.

[452] Sobre, v. BRANHAM, Lynn. *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*. St. Paul: West, 2010.

da Primeira Emenda, discutiu-se critérios para a censura de correspondência em Procunier vs Martinez (1974) e Thornburgh vs Abbott (1989); se a imprensa pode entrevistar presos em autorização em Pell vs Procunier (1974); se o preso pode receber livros de livrarias ou clubes de livros em Bell vs Wolfish (1979); se um preso pode ou não escrever a outro preso em *Turner vs Safley* (1987); sobre a vedação de acesso a jornais em *Beard vs Banks* (2006).

Em relação à liberdade de religião, já se discutiu se o preso muçulmano poderia ter viabilizada a prática de suas orações em horário diverso do permitido pelo regramento disciplinar da unidade, em O'Lone vs Shabazz (1987); se poderiam usar barba ou cabelo comprido por questões religiosas, em Fegans vs Norris (2008). Em relação à questão do acesso à justiça, já foram enfrentados temas como a possibilidade de o preso ser atendido por estagiários em Procunier vs Martinez (1974), o direito a uma biblioteca jurídica razoável em Bounds vs Smith (1977), até mesmo a limitação do tempo que o preso pode ficar na biblioteca em Ramos vs Lamm (1980). Há diversos outros exemplos, inclusive abrangendo as garantias de defesa nos processos administrativos disciplinares e aspectos correlatos. Em diversos dos casos citados, a conclusão não foi "favorável" aos interesses do condenado: a questão não é essa, e sim a significativa mutação cultural que significa falar em uma verdadeira e efetiva jurisdicionalização da execução da pena, alcançando a necessidade de mudanças na postura de todos os atores do sistema de justiça.

Se questões similares às mencionadas não chegam ao Supremo Tribunal Federal, quiçá chegam às varas de execução penal em primeira instância? Em sua imensa maioria, são resolvidas por meio de atos administrativos que não sequer reduzidos a termo, subtraindo-se a qualquer controle a posteriori. A intervenção judicial se restringe aos "incidentes" - a denominação é sintomática - como se a dura viagem pudesse ser lida e definida por suas paradas, e não pelo seu percurso. Tal situação é agravada quando a própria lei permite ao diretor suspender ou restringir determinados direitos (art. 41, parágrafo único, LEP) e tais atos administrativos muito raramente são controlados judicialmente.

Além de todos esses tópicos, voltando o olhar à postura do Supremo Tribunal Federal diante de outras questões importantes que já estão ali colodadas, o que se vê é uma tendência à confirmação de posicionamentos adotados anteriormente, sem o aprofundamento das reflexões e debates. Dois exemplos: a Súmula 715-STF e a preservação acrítica da Súmula 534-STJ.

O STF tem, hoje, posição pacificada, a qual culminou na edição da Súmula 715 em 24 de setembro de 2003, segundo a qual *"a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução"*). A origem da posição do STF reside no julgamento do RHC 63.673-0, em 29 de abril de 1986[453], quando se alterou entendimento anterior[454] e se articulou o posicionamento reiterado até

[453] STF, RHC 63.673-0/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 29/04/1986. V. também acórdãos sucessivos em: STF, HC 63.836, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 15/08/1986; STF, HC 65.522/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 17/11/1987.

[454] STF, HC 61.189-3/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 4/10/1983: "Se em 30 anos satisfaz-se a pretensão executória do Estado, presente determinado quando sancionatório, *ex vi* do art. 55 do CP, este é o marco temporal a ensejar ao preso postular por benefício da execução penal, ainda que o quantum

então e expresso na Súmula 715. Na ocasião, o Ministro Relator Djaci Falcão afirmou "não se ater" à "expressão literal do direito positivo", porque, em suas palavras: "a lei deve ter por objetivo não somente os interesses legítimos do réu, mas os altos interesses da sociedade, marcados pela tranquilidade e segurança social. Outra exegese conduzirá a uma equiparação desarrazoada entre o condenado por um só crime e o criminoso habitual, profissional, condenado a mais de setenta anos, por delitos brutais, como ocorre na espécie. Ter-se-ia tratamento igual entre delinquentes em situações desiguais".

Como se vê, põe-se à parte o princípio da legalidade por razões político-criminais de "defesa social". Mais recentemente, argumenta-se que o limite de 30 anos se refere ao tempo de cumprimento e não constitui parâmetro para a concessão de benefícios da execução[455]. O raciocínio supõe que há duas penas, uma virtual que serviria de base para o cálculo dos requisitos temporais concernentes à progressão de regime e ao livramento condicional e outra, "unificada", a ser realmente cumprida[456].

Um segundo exemplo é a confirmação recorrente, porém sem aprofundamento teórico, do entendimento expresso Súmula 534/STJ, segundo a qual "*a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*". O argumento prevalente é que, não fosse esta regra, a hipótese de cometimento de falta grave por preso em regime fechado configuraria situação despida de sanção, já que não seria possível a regressão de regime

Ora, se o argumento é ou não é razoável, ele deve ser motivação para projeto de lei e debatido pelo Congresso Nacional. A questão aqui é formal e diz respeito à inadmissibilidade de criação jurisprudencial de uma nova espécie de sanção, sem previsão legal. Não há argumento que justifique semelhante violação dos limites da interpretação – que deve ser sempre restritiva. Ademais, o cometimento de falta grave implica diversas consequências gravosas, não só pode acarretar a regressão de regime (art. 118, I, LEP) como também a perda dos dias remidos (art. 127, LEP) mas, principalmente, um registro que fatalmente será levado em conta na aferição do requisito disciplinar exigido para a progressão de regime e que poderá, por isso, acarretar em sua não-concessão. Logo, não apenas é gravíssimo que se cogite a criação de uma sanção na execução penal à revelia da legalidade, como fazê-lo parece inócuo e desnecessário se o objetivo último é evitar a progressão de regime ao condenado que tenha cometido falta grave[457].

---

sancionatório o tenha excedido", cf. RT 580/438.

[455] Apenas para exemplificar, v. STF, HC 84766, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11/09/2007; STF, HC 82.291, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 22/10/2002.

[456] Não obstante tudo isso, o tema encontra tratamento bastante heterogêneo nos Tribunais estaduais (por exemplo: TJRS, AgEx 70002509628, 5ª C.C., Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 30/05/2001; TJSP, Rec. 363.237-4, Rel. Juiz Ercílio Sampaio, j. 12/06/1984, cf. RT 589/346) e encontra voz dissonantes nos Tribunais Superiores. Vale anotar que na ocasião do julgamento em segunda instância do mesmo caso que depois veio a originar o posicionamento do STF, em 1986 (v. TJSP, HC 40.003-3, Rel. Des. Renato Talli, j. 7/10/1985), Francisco de Assis Toledo, pelo Ministério Público, manifestou-se em favor à interpretação restritiva da lei indicando que se estaria extinguindo, pela via interpretativa, o livramento condicional para condenados a penas maiores de 30 anos.

[457] É verdade que há precedentes divergentes no próprio STF, como por exemplo no julgamento dos HC 85.141/SP e HC 94.550/RS, nos quais o voto vencido se sustentou exatamente no princípio da legalidade, ponderando que "o silêncio da lei, quanto à fixação de uma nova data-base ao contrário do

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que se dignidade "significa tudo, não significa nada" [458]. O sentido específico a ela atribuído e que é coerente com sua elevação à condição de fundamento da República pela Constituição brasileira de 1988 é aquele oriundo do momento pós-Segunda Guerra Mundial (primeira onda), justamente aquele contexto no qual se iniciou a articular mais claramente a ideia de que as pessoas presas têm direitos fundamentais. A segunda onda, segundo SIMON, é a do século XXI, após a "hibernação da dignidade" produzida pelos processos sociais de encarceramento em massa, e passa diretamente pela assunção de um papel contundente de controle, pelo Judiciário, da administração prisional e das condições de custódia da população carcerária.

Justamente na esfera penal, onde seria mais importante, o princípio da separação dos poderes é enfraquecido por interpretações que o esvaziam. A consequência principal é o enfraquecimento dos mecanismos de freios e contrapesos incidentes sobre a atuação dos protagonistas da criminalização e punição: polícias, Ministério Público e Poder Judiciário. Segundo BARKOW[459], os únicos mecanismos existentes de controle acabam sendo exatamente os direitos fundamentais previstos na Constituição, mas que carecem de força normativa por conta de interpretações permissivas quando diante de casos concretos.

O conceito de constitucionalização do direito de execução penal deve abarcar, nessa linha, um impacto ainda não alcançado pela efetivação do princípio da dignidade, o que só pode ser levado a cabo pelo Poder Judiciário e mediante a decisiva provocação da Defensoria Pública e organizações de direitos humanos.

As consequências penais e processuais de tal movimento são potencialmente imensas porque atingem o cotidiano penitenciário em sua capilaridade e atribuem limites efetivos à administração do sistema prisional. Assim se distingue o tema dos também importantes debates sobre um direito penal e processual penal constitucionais. Todavia, implica em mudança profunda de postura das Cortes e sua própria perspectiva sobre o papel que devem exercer em uma verdadeira democracia.

V. REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Stefano. *Metamorfosi penitenziarie: carcere, pena e mutamento sociale.* Roma: Ediesse, 2012.

que ocorreu relativamente à remição, é eloquente". Com base justamente no princípio da legalidade, outras súmulas do próprio STJ vão em sentido oposto, negando que a falta grave possa constituir marco interruptivo do requisito temporal do do livramento condicional (Súmula 441/STJ) e da comutação ou indulto (Súmula 535/STJ).

[458] SIMON, Jonathan. "The Second Coming of Dignity". In: DOLOVICH, Sharon; NATAPOFF, Alexandra (ed.). *The New Criminal Justice Thinking*, p. 285.

[459] BARKOW, Rachel. "Separation of Powers and Criminal Law". *Stanford Law Review*, p. 993. Embora a crítica de fundo seja pertinente também no contexto brasileiro, fundamental observar que um dos principais focos problemáticos identificados pela autora está na ampla discricionariedade e possibilidade de negociação conferida ao Ministério Público, com características distintas – ao menos até aqui – do processo penal brasileiro.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARKOW, Rachel. "Separation of Powers and Criminal Law". *Stanford Law Review*, vol. 58, 2006, p. 989-1054.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANHAM, Lynn. *The Law and Policy of Sentencing and Corrections*. St. Paul: West, 2010.

BRICOLA, Franco. "Teoria generale del reato". *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV. Torino: Utet, 1973, p. 7-93.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTITUTIONAL LAW. EIGHT AMENDMENT. "Recent Cases" in Harvard Law Review, vol. 123, 2010, p. 752-759.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

DOLOVICH, Sharon. "Canons of Evasion in Constitutional Criminal Law". In: DOLOVICH, Sharon; NATAPOFF, Alexandra (ed.). The New Criminal Justice Thinking. New York: New York University Press, 2017, p. 111-154.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo e jurisdição". In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (org.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 233-248.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Perda da liberdade (os direitos dos presos)". Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados, realizada em Manaus, 1980.

HAWKINS, Gordon. *The prison: policy and practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Curso de Penologia e Execução Penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PAVARINI, Massimo. "Per un diritto penale minimo: 'in the books' o 'in the facts'? Discutendo con Luigi Ferrajoli". Dei Delitti e Delle Pene, n. 3, 1998, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 125-156.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemologia, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ROCHA Jr., Francisco Assis do Rego Monteiro. *Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. "Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 18, 2010.

RUOTOLO, Marco. *Dignità e carcere*. Napoli: Ed. Scientifica, 2011.

SIMON, Jonathan. "The Second Coming of Dignity". In: DOLOVICH, Sharon; NATAPOFF, Alexandra (ed.). *The New Criminal Justice Thinking*. New York: New York University Press, 2017, p. 275-307.

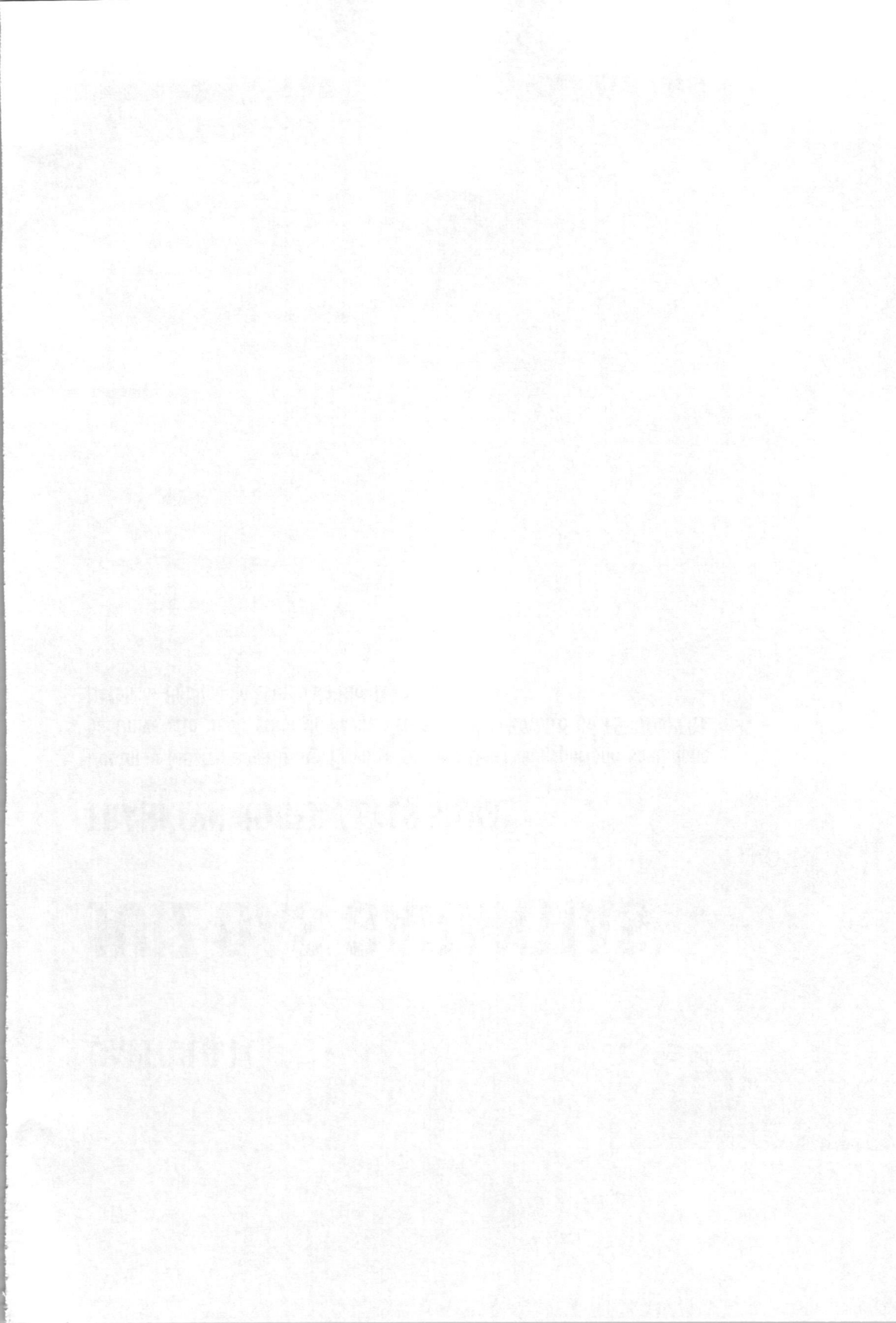
TEPEDINO, Gustavo. "Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002". In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

VOGELMAN, Richard P. "Prison restrictions – Prisoner Rights". RADZINOWICZ, Leon; WOLFGANG, Martin (org.). *Crime and Justice III: The Criminal in Confinement*. London: Basic Books, 1971, p. 52-68.

CAPÍTULO IX

JUIZ DAS GARANTIAS

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ com período sanduíche na Università degli studi di Pavia. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO IX – JUIZ DAS GARANTIAS

A NOVA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

1. INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do ano de 2019 houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei Anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Nos últimos dias do ano o Presidente da República sancionou a Lei n. 13.964/2019, com alguns vetos e, dentre as novidades da reforma, veio a lume a figura do juiz das garantias. Trata-se de uma nova figura orgânica da fisiologia do processo penal brasileiro, similar ao *giudice per le indagini preliminari - GIP* do sistema italiano e ao Juiz de Instrução de Portugal.

A novidade sempre desperta a desconfiança no imaginário do indivíduo. E, no campo jurídico, a regra se repete. Dentre as inúmeras críticas e elogios, talvez a previsão do juiz das garantias seja o tema que mais divida a comunidade nos dias de hoje.

O que se verifica são manifestações favoráveis à nova fisiologia de atuação do juiz na relação processual, pautada em uma ótica de aperfeiçoamento de garantias e construção de um processo de índole mais acusatória, em contraposição à crítica corporativa deduzida pela própria magistratura.

Não por outra é a razão de já termos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições sobre o instituto.

Permeado de controvérsias, a figura do juiz das garantias merece uma análise despida de paixões e corporativismos. Assim, o propósito deste estudo é compreender a essência do instituto e debater até que ponto ele pode contribuir para outro tema que também ganha espaço no campo jurídico, a denominada investigação criminal direta pela defesa ou investigação criminal defensiva.

2. AS CARACTERÍSTICAS DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A reforma de 2019 introduz uma sequência de normas ao art. 3º do Código de Processo Penal, ainda em suas disposições preliminares (Titulo I), sob a rubrica "Juiz das Garantias", deixando claro que se trata de um conjunto de normas estruturantes do sistema processual penal brasileiro.

Apesar de o processo penal brasileiro optar pela estrutura acusatória, nunca houve norma expressa nesse sentido. Então, o art. 3º-A enfim determina que o processo penal seja amoldado sob uma estrutura acusatória, vedando-se ao juiz o exercício de iniciativas na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A nova disposição procura estabelecer, legislativamente, dois paradigmas sempre advertidos pela doutrina: a opção de um modelo acusatório com divisão clara de funções e a decorrência de que em sistemas dessa natureza o juiz deve procurar manter-se em uma posição de distância e neutralidade das partes.

Por ocasião da reforma do capítulo das provas pela Lei n. 11.690/2008, o legislador manteve a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, ainda que não iniciada a ação penal, mesmo quando vários autores alertavam a necessidade de ruptura desse paradigma inquisitorial.

Sempre se questionou até que ponto a atuação probatória do magistrado antes de iniciada a ação penal não violaria o sistema acusatório, visto que estaria ele reunindo elementos capazes de permitir que o Ministério Público deflagre a ação penal, arvorando-se, portanto, em encargo que não lhe pertence.

O Código de Processo Penal também permitia que o magistrado determinasse, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

De igual modo, essa previsão legal também iria de encontro à estrutura do sistema acusatório, tendo em vista a necessária divisão de funções entre os diversos órgãos, cabendo à acusação a produção de provas que levem à condenação, enquanto a defesa resistir à pretensão e buscar a inocência do réu, estando o magistrado numa posição neutra, sem que haja sua interferência na iniciativa probatória, a fim de garantir sua própria imparcialidade.

Com a alteração legislativa da Lei Anticrime, há expressa vedação ao juiz para a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória.

Por isso, pensamos que o art. 3º-A revoga tacitamente a menção à iniciativa de ofício contida no *caput* do art. 156 e seu inciso I do Código de Processo Penal, quando faculta ao juiz ordenar, antes ou durante a ação penal, as provas consideradas urgentes e relevantes. O juiz, como sendo um personagem processual de salvaguarda de garantias não pode pender a balança para o prato da acusação e agir em substituição ao ator encarregado de coletar elementos para formação da culpa.

Ainda nessa linha de ideias, pensamos que o inciso II do art. 156 do CPP e o art. 209 também estariam acobertados por essa regra, mas antevemos controvérsias nesse ponto. De certa maneira, inclusive, argumentos favoráveis à iniciativa do juiz em tema de provas que partam do Ministério Público nos causam certa perplexidade.

Uma instituição da envergadura do *parquet*, com uma série de responsabilidades atribuídas pelo constituinte não deveria tolerar a atividade probatória realizada pelo juiz, em autêntica substituição ao seu atuar. O que se tem visto é que o Ministério Público é árduo defensor de suas funções perante outras instituições (o confronto da investigação direta com a polícia judiciária e a resistência à legitimidade da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública) mas tolera a invasão judicial em tema de provas, quase como se tivesse a certeza de que sua atuação probatória nunca é suficiente, sendo necessário deixar "as portas abertas" para a atuação judicial suplementar.

A nosso ver, o art. 3º-A está inserido no Título I (Disposições Preliminares) do Livro I

(Processo em geral) o que implicaria reconhecer que se trataria de uma regra estruturante do processo penal como um todo, ainda que sob a rubrica do juiz das garantias.

Notemos, todavia, que a posição topográfica, da forma como posta pelo legislador induziria também ao pensamento de que a regra da vedação à iniciativa probatória estaria circunscrita apenas ao juiz das garantias, enquanto que o juiz com função instrutória continuaria tendo liberdade para realizar atividade supletiva.

Em uma estrutura acusatória, com uma divisão clara de funções, a iniciativa probatória deve recair sobre as partes, cabendo ao juiz adotar uma postura de equidistância, tal como preconizado pelo art. 3º-A do CPP, conforme já expusemos linhas acima.

Quando a norma veda que o juiz se substitua à atividade probatória do órgão de acusação, parece-me claro que o legislador não quer que o juiz de instrução e julgamento determine durante a fase probatória ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Havendo dúvida, o resultado natural é a absolvição pautada no art. 386, VII do CPP.

Com a divisão de funções e a vedação à iniciativa de ofício somada à impossibilidade de participar da fase de julgamento, reforça-se a certeza da imparcialidade do juiz na decisão da causa penal, por assegurar que a decisão se baseie, tão-somente em elementos colhidos sob o crivo do contraditório.

Essa linha de raciocínio, por exemplo, é encontrada na decisão cautelar na ADI 6298 MC/DF, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli afirma que:

> *Tendo isso em vista, conclui-se que a instituição do "juiz das garantias" pela Lei no 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório.*

Em suma, parece-nos hoje não haver espaço para a atuação judicial em substituição ao ônus probatório das partes na ação penal e à atividade de arrecadação de elementos de formação do convencimento que ocorre na fase pré-processual.

A Câmara de Estudos Criminais e Processual Penal e a Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais comunga de pensamento semelhante, como se observa do Enunciado n. 09: *O artigo 3º-A, do CPP, revogou tacitamente os dispositivos que dispõem sobre a possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz, notadamente o artigo 156, caput, parte final, e incisos I e II, e o artigo 209, todos do CPP.*

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-A do CPP.

2.1. A natureza e competência do juiz das garantias

Na sequência das novas disposições, o art. 3º-B traz a definição do que seria o juiz das garantias contrapondo-se à função processual de juiz de instrução e julgamento, cabendo-lhe ser responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e da salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização

prévia do Poder Judiciário, inclusive quanto a ocorrência de eventuais infrações penais elencadas na Lei de Abuso de Autoridade, a exemplo dos arts. 16, 22, 23, 24, 25, 31 e 33 da Lei n. 13.869/2019.

Nota-se, portanto, que toda a investigação criminal (seja a realizada pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público) será objeto de controle sempre que houver a necessidade de verificação dos atos praticados e de suporte ao exercício de diligências que dependam de autorização judicial.

Isto não quer dizer que o juiz das garantias seja parte integrante da investigação criminal. Essa atividade se desenvolverá pelos seus respectivos protagonistas e quando houver a necessidade, intervirá o juiz das garantias, na forma de algum dos incisos do art. 3º-B do CPP. Há, então, a existência de duas funções processuais a serem exercidas pelo magistrado: a de juiz das garantias e a de juiz da instrução e julgamento.

Assim, são atos de competência do juiz das garantias: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput do art. 3º-B do CPP.

O rol de competências do juiz das garantias não é exaustivo, como deixa claro o inciso XVIII do art. 3º-B do CPP, o que implica dizer que outras atividades relacionadas ao controle da investigação criminal ou à salvaguarda de direitos poderão ser exercidas pelo magistrado.

No art. 3º-F, por exemplo, há uma outra função atribuída ao juiz das garantias re-

ferente à necessidade de salvaguardar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, dispositivo esse que se compatibiliza com a infração penal prevista no art. 13 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e 3º-F do CPP.

2.2. O controle das prisões pelo juiz das garantias

Considerando que a competência do juiz das garantias se esgota com o recebimento da ação penal (denúncia ou queixa), parece-nos que todas as prisões cautelares decretadas e, consequentemente cumpridas durante esse intervalo procedimental deverão ser comunicadas ao juiz das garantias, inclusive o flagrante, na forma dos incisos I e II do art. 3º-B do CPP, cabendo ao juiz verificar a possível ocorrência de crime de abuso de autoridade previsto no art. 12 da Lei n. 13.869/2019, quando verificada ilegalidade na restrição celular.

Esta competência poderá criar impactos nos órgãos judiciários que exercem funções de plantão e que realizam audiências de custódia. Isto, todavia, não desconstrói a premissa de que o juiz das garantias é uma função processual e não um órgão jurisdicional. Assim, magistrados plantonistas e audiencistas poderão, a depender da organização judiciária do respectivo Estado, receberem estes comunicados e ao mesmo tempo exercerem a função de magistrados garantes.

2.3. A similitude do juiz das garantias com o *giudice per le indagini preliminari* do sistema processual italiano

A ideia do juiz das garantias muito se assemelha ao sistema processual italiano. Durante a fase investigatória, todos os atos jurisdicionais eventualmente necessários para a apuração de indícios são realizados pelo *giudice per le indagini preliminari* (GIP).

Com o encerramento da investigação é realizada a audiência preliminar, uma segunda fase do procedimento consistente em um ato processual de extrema importância, pois ali se realiza a avaliação dos elementos apresentados na ação penal, permitindo que o juiz possa avaliá-la positivamente, caso em que é instaurado o processo acusatório por meio do envio a outro órgão jurisdicional, ou entender que aquela imputação deve ser rejeitada (*non luogo a procedere*).

Uma vez instaurado o procedimento, abre-se a terceira fase, a da ação penal e seu processamento (*giudizio*), agora com a intervenção de outro juiz, o *giudice per il dibattimento*, que jamais poderá ter oficiado nas fases antecedentes, tal como ocorrerá com o juiz da instrução e julgamento de nosso código. Essa restrição quer evitar que um juiz que teve contato com os elementos do inquérito policial também seja o responsável pela apuração das provas na ação penal. Nesta última fase, predominantemente oral, realizam-se os atos instrutórios necessários para o julgamento da causa.

2.4. O juiz das garantias e a possibilidade de requisição do preso

O inciso III do art. 3º-B traduz um importante instrumento de uso defensivo, ao permitir que o juiz das garantias possa determinar a condução do preso à sua presença, a qualquer tempo. Os advogados e a Defensoria Pública poderão utilizar deste poder do juiz para realizar provas que dependam da apresentação do preso, a exemplo de torturas e maus-tratos nos estabelecimentos prisionais ou quando autoridade policial ou prisional frustrar a entrevista prévia e reservada, conduta, inclusive, tipificada no art. 20 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

2.5. A comunicação das investigações ao juiz das garantias e a releitura do art. 10, §1º do CPP

Entendemos que o poder concedido no art. 3º-B, IV ao obrigar a comunicação ao juiz sobre a instauração de qualquer investigação criminal, representa um desdobramento da regra do *caput*, onde estabelece que o juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Com esse comando, creio que deva o juiz verificar se as regras do CPP a respeito do inquérito policial e a Resolução n. 181/2017 do CNMP que trata da investigação direta pelo Ministério Público foram observadas, inclusive quanto ao crime previsto no art. 27 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Essa regra do art. 3º-B, IV traz uma ressignificação ao art. 10, §1º do CPP que determina o encaminhamento dos inquéritos policiais relatados ao juiz. Sempre se defendeu que o certo seria a tramitação direta para o Ministério Público[460]. No entanto, se cabe ao juiz controlar a legalidade da investigação (art. 3º-B, caput), prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo (art. 3º-B, VIII) determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (art. 3º-B, IX), parece-me que não o inquérito policial, mas a notícia de sua conclusão deva ser também informada ao juiz das garantias.

Registre-se que com a nova redação do art. 28, uma vez manifestado o arquivamento do inquérito policial cabe ao Ministério Público comunicar a vítima e submeter sua promoção à instância de revisão criminal para fins de homologação do arquivamento.

Assim, propomos uma reinterpretação do art. 10, §1º a partir da leitura do art. 3º-B, IV combinado com a nova disciplina do art. 28 do CPP que afasta, por completo, a intervenção judicial em tema de arquivamento do inquérito policial.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 28 do CPP.

---

[460] Na ADI 2886 o STF declarou inconstitucional a norma estadual que determinava tramitação direta do inquérito policial entre Policia Judiciária e Ministério Público. O tema, no entanto, será objeto de nova análise pela ADI n. 4305 e pelo RE 660.814.

2.6. O juiz das garantias e a necessidade de contraditório em audiência pública e oral

O Código de Processo Penal agora inova no tocante ao trato da imposição da prisão ou demais medidas cautelares. Isto porque, a prorrogação de prisão provisória ou medida cautelar pressupõe o exercício do contraditório em audiência pública e oral (art. 3º-B, VI).

O mesmo deve ser dito em relação ao requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, onde também se assegurará o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral (art. 3º-B, VII).

Neste caso, há um fator interessante que dependerá da atuação da Defensoria Pública. Nem sempre a produção antecipada de provas conta com a presença do investigado, mas a exigência de ampla defesa e contraditório obrigará a Defensoria Pública a atuar na tutela de interesses daquele imputado, dentro da linha das funções institucionais previstas no art. 4º da Lei Complementar n. 80/94 e do art. 8º da CADH.

2.7. A requisição de documentos pelo juiz das garantias

O inciso X do art. 3º-B precisa ser compatibilizado com o princípio acusatório do art. 3º-A, de modo que a requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia se restrinjam apenas ao andamento da investigação e não a diligências de iniciativa do próprio juiz, sob pena de assim agindo, imiscuir-se na atividade de investigação, rompendo o dogma da inércia previsto no artigo anterior.

2.8. O juiz das garantias e a cláusula de reserva de jurisdição

Com os incisos XI, XII e XIII do art. 3º-B, confere-se ao juiz a competência para apreciar medidas que estejam sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição (interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas, além de outras providências necessárias a proteção dos direitos fundamentais.

Some-se ainda a competência para julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia em relação às autoridades coatoras que devam ser processadas em primeiro grau de jurisdição e a competência para determinar a instauração de incidente de insanidade mental quando requerido na fase pré-processual com suporte no art. 149 do CPP.

2.9. O juiz das garantias e o suporte à atividade defensiva

O conteúdo das prerrogativas dos advogados e membros da Defensoria Pública previstos em seus estatutos jurídicos e na Súmula Vinculante n. 14 é incorporado ao inciso XV do art. 3º-B, de modo que o juiz das garantias deve assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso a todos os elementos informativos produzidos no âmbito da investigação criminal, excetuadas às diligências ainda em andamento, sem prejuízo da responsabilidade criminal daquele que obstaculizou o acesso, na forma do art. 32 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

2.10. O juiz das garantias e a ressignificação da atividade do assistente técnico no processo penal

Importante aspecto também é ressalvado no inciso XVI do art. 3º-B, quando outorga ao juiz das garantias a competência para deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.

Rompe-se, então o paradigma do art. 159, §4º do CPP, quando condicionava a atuação do assistente técnico à conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais. Agora, as partes que indicarem os assistentes técnicos contarão com a participação destes profissionais desde o momento da perícia, sendo possível entender que o art. 3º-B, XVI revoga tacitamente o art. 159, §4º do CPP nesse ponto.

A imediatidade do assistente técnico com a produção da prova pericial, quando possível, apenas contribui para uma maior qualidade das afirmações e conclusões que serão relevadas na investigação e no processo.

2.11. O juiz das garantias e as audiências de custódia por videoconferência

O art. 3º-B contém alguns parágrafos regulamentando as hipóteses de seus incisos. Houve veto ao §1º que assegurava ao preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória o encaminhamento à presença do juiz das garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizaria a audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

O motivo do veto foi a impossibilidade de se realizar a audiência por meio de videoconferência, tendo o Presidente da República afirmado que: *"gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo"*

Como adverte Caio Paiva em seu prestigioso estudo sobre a audiência de custódia: *"a realização da audiência de custódia mediante videoconferência, embora sem dúvida alguma signifique um avanço considerável se comparada com o sistema atual puramente cartorial (decisão com base na apreciação dos autos do flagrante/processo), certamente reduziria o impacto humanizatório da medida, adiando o pleno cumprimento da CADH"*[461].

Encaramos como verdadeiro retrocesso o veto manifestado pelo Presidente da República. A imediatidade do contato entre magistrado e pessoa presa é imprescindível para assegurar que as finalidades da audiência de custódia sejam alcançadas. É inegável que a tecnologia vem sendo paulatinamente incorporada à realidade jurídica. Todavia, para assegurar a verificação da necessidade e adequação da medida e a própria ocorrência da tortura, eficiente será o ato processual quando praticado na presença física do juiz e do preso.

---

[461] PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. P. 121-122.

2.12. O excesso de prazo e o controle pelo juiz das garantias

No §2º do art. 3º-B o legislador prevê que se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias.

Há aqui uma regra que estabelece eventual excesso de prazo tornando ilegal a prisão, caso a investigação não seja concluída após a prorrogação, determinando-se o imediato relaxamento da custódia cautelar.

2.13. Da inaplicabilidade do juiz das garantias em certos órgãos jurisdicionais – reflexos legais

O art. 3º-C traz grande impacto no sistema processual. O dispositivo prevê que a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

Importante notar que além dos Juizados Especiais Criminais (órgão jurisdicional com competência para infrações de menor potencial ofensivo), há também a exclusão do juiz das garantias nos casos conduzidos pelas Varas Criminais Colegiadas. No primeiro caso, parece que o objetivo do legislador foi o da simplicidade e informalidade do rito dos juizados especiais criminais, incompatível com a rígida separação entre a fase investigativa e a fase processual pressuposta pela sistemática do juiz das garantias.

No caso das Varas Criminais colegiadas, a lei anticrime em seu art. 13 altera Lei n. 12.694/2012 (Organizações Criminosas) para, introduzindo o art. 1º-A, §1º que confere competência para os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, afastando assim, a existência de uma competência funcional do juiz das garantias, sobre esse ponto, abordaremos o tema mais adiante quando tratarmos da decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-C do CPP.

2.14. O momento processual do recebimento da denúncia a partir da atuação do juiz das garantias – Reacende-se o debate entre os arts. 396 e 399 do CPP.

Um outro aspecto importante do art. 3º-C refere-se ao marco de recebimento da denúncia ou queixa, considerando a expressa menção ao art. 399 deste Código, também constante do art. 3º-B, XIV.

Aqui é importante fazer uma breve contextualização. A reforma procedimental realizada pela Lei n. 11.719/2008 trouxe importante paradigma, ainda que controverso, a respeito do contraditório por ocasião da instauração da ação penal. O art. 396 do CPP determina que nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ao recebê-la fundamentadamente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Num primeiro momento, fez-se uma leitura superficial do Código de Processo Penal,

o que levou alguns autores a afirmarem que o momento para o recebimento da denúncia seria aquele do art. 396 do CPP.

Todavia, o art. 399 do Código de Processo Penal, também alterado pela reforma, trata do recebimento da denúncia, que ocorreria em momento posterior à citação e consequente oferecimento da resposta do réu. Àquela época, então, formaram-se três linhas de pensamento acerca do conflito de dispositivos sobre o tema.

Um primeiro posicionamento defendeu que o recebimento da denúncia se dá na forma do art. 396 do Código de Processo Penal, haja vista que esta foi a vontade do legislador ao alterar o Projeto de Lei n° 4.207/01, no qual não constava, inicialmente, tal previsão, dando ensejo à aprovação da atual redação da Lei n° 11.719/08.

Uma segunda orientação buscou encarar que o legislador pretendeu instituir dois recebimentos da inicial acusatória, um perfunctório, de caráter temporário, na forma do art. 396, e outro definitivo, à luz da resposta do réu, nos termos do art. 399, encerrando, assim, o juízo de admissibilidade da acusação.

Esta orientação foi defendida pelo professor Antonio Scarance Fernandes, em Boletim publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – *IBCCRIM* n° 190, de setembro de 2008, sustentando que a existência de dois juízos de admissibilidade no Direito Processual Penal não é novidade, pois igual providência ocorre no Tribunal do Júri, com o recebimento da denúncia e a admissão da acusação através da pronúncia, implicando, assim, duas admissibilidades da acusação.

Por fim, desenhou-se um outro pensamento, no sentido de que o recebimento da denúncia se daria na forma do art. 399, pois assim era a vontade da Comissão Redatora do Projeto de Lei, em sua grande maioria, composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

Foi a opinião do Prof. Geraldo Prado, em artigo publicado no Boletim n° 190, de setembro de 2008, do *IBCCRIM*, sustentando a necessidade de se promover uma interpretação corretiva ao art. 396, reconhecendo-se que a dicção do art. 399, por ser mais ampla, englobando o comando legal do art. 396.

A par de toda a divergência doutrinária instaurada em razão da confusa redação dos arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça acabou por entender que o recebimento da denúncia deve ser interpretado à luz do art. 396 do Código de Processo Penal.[462]

---

[462] RECEBIMENTO. DENÚNCIA. ART. 396 DO CPP.
A Lei no 11.719/08, como consabido, reformou o CPP, mas também instaurou, na doutrina, polêmica a respeito do momento em que se dá o recebimento da denúncia oferecida pelo MP, isso porque tanto o art. 396 quanto o art. 399 daquele *Codex* fazem menção àquele ato processual. Contudo, melhor se mostra a corrente doutrinária majoritária no sentido de considerar como adequado ao recebimento da denúncia o momento previsto no citado art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado. Por sua vez, o art. 396-A daquele mesmo diploma legal prevê a apresentação de revigorada defesa prévia, na qual se podem arguir preliminares, realizar amplas alegações, oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas. Diante disso, se o julgador verificar não ser caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito ao designar data para audiência. Contudo, nessa fase, toda a fundamentação referente à rejeição das teses defensivas apresentadas dar-se-á de forma concisa, pois o juízo deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada sob pena de indevido prejulgamento, caso acolhido o prosseguimento do

Agora com a redação dos arts. 3º-C e 3º-B, XIV do CPP, pensamos que o art. 396 estaria revogado tacitamente na parte que menciona o recebimento da denúncia e a jurisprudência do STJ superada.

Note-se que a discussão que aqui se trava entre o momento efetivo para o recebimento da denúncia (art. 396 X art. 399) não constitui preciosismo processual. Primeiro porque está a se tratar se existe um contraditório prévio ao juízo de admissão da inicial acusatória, o que efetivamente ocorrerá com a definição do marco processual do art. 399 do CPP.

Em segundo, como é cediço, o Código Penal, em seu art. 117, I, determina a interrupção do prazo prescricional com o recebimento da denúncia. Assim, a definição do efetivo momento em que a denúncia é recebida passa a ter grande relevância, pois certamente influirá na contagem do prazo prescricional.

Esse mesmo raciocínio é defendido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, conforme se verifica do recém editado Enunciado n. 13: "*Em todos os procedimentos, o juízo de admissibilidade da peça acusatória deve ser realizado após a apresentação da defesa escrita, pelo juiz de garantias, pelas seguintes razões: a) menção expressa ao art. 399 do CPP (artigos 3º-B, inc. XIV, e 3º-C, caput); b) evitar a análise ampla do procedimento inquisitorial pelo juiz da instrução e julgamento, especialmente quando da apreciação dos pedidos de rejeição da peça acusatória e/ou absolvição sumária; c) evitar o impedimento do juiz da instrução e julgamento que reconhecer nulidade na fase inquisitorial arguida na resposta inicial*".

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e art. 3º-C do CPP.

2.15. A regra de impedimento decorrente da atuação como juiz das garantias

O art. 3º-D traduz uma regra obstativa de atuação ao magistrado. Todo o juiz que tenha atuado na fase de investigação ou que tenha exercido qualquer das competências previstas no art. 4º ou 5º do CPP fica impedido de funcionar no processo após o recebimento da denúncia. Neste ponto, o Min. Dias Toffoli afirma na decisão proferida na ADI n. 6298:

> *Ao instituir o juiz das garantias, a Lei no 13.964/19 criou nova regra de competência funcional, delimitando a atuação do juiz em função da fase da persecução criminal e criando, a partir da rígida separação das fases de investigação e do processo, uma regra de impedimento, para a fase da ação penal, ao magistrado que houver atuado como juiz das garantias na fase da investigação (art. 3º-D do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei no 13.964/19).*

Há, entretanto, um recorte que merece registro. Torna-se necessário compatibilizar o art. 3º-D com o art. 3º-C para que melhor compreendamos quando cessa a função do

---

processo-crime. Daí que, no caso, a decisão ora combatida, de prosseguir no processo, apesar de sucinta, está suficientemente fundamentada. Precedente citado: HC no 119.226/PR, *DJe* de 28.09.2009. HC no 138.089/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.03.2010.

juiz das garantias e quando se inicia a hipótese de impedimento do juiz da instrução e julgamento.

A instauração da relação processual tem início com o oferecimento da denúncia e se perfaz com o ato de citação do réu. No processo penal hoje regulado pelos arts. 3º-C e 3º-B, XIV do CPP, vimos que o recebimento da denúncia ocorrerá após a citação e oferecimento da resposta.

Então, quando, no art. 3º-D, o legislador fala em funcionar no processo, esta expressão deve ser compatibilizada com o art. 3º-C, de modo que o impedimento surge a partir de pronunciamentos judiciais posteriores ao recebimento da denúncia, quando cessada a atuação do juiz das garantias e iniciada a atuação do juiz de instrução e julgamento.

Com o recebimento da denúncia mencionado no §1º do art. 3º-C, todas as questões pendentes deverão ser decididas pelo juiz da instrução e julgamento, figura diversa da do juiz das garantias.

Inclusive, como forma de preservar a independência dos membros da magistratura e o seu livre convencimento motivado, o §2º deixa claro que as decisões prolatadas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento. Mesmo após o recebimento da denúncia ou queixa, caberá a ele reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arst. 3º-C e 3º-D do CPP.

2.16. Da retenção do material produzido na investigação pelo juiz das garantias – impossibilidade de utilização no processo

Há na nova disciplina do juiz das garantias disposições sobre a utilização do material produzido na fase pré-processual. O §3º do art. 3º-C determina que os autos referentes às matérias tratada pelo juiz das garantias deverão ser acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa. Igualmente o §4º do art. 3º-C assegura às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, ampliando o espectro do parágrafo anterior que mencionava apenas o Ministério Público e defesa.

Apesar de amplo o acesso, a utilização de seu conteúdo sofre restrição. O §3º proíbe que esse conteúdo possa ser apensado aos autos do processo enviado ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Pensamos que essa regra possui um reforço normativo à regra do art. 155 do CPP quando veda ao juiz a possibilidade de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Se não lhe é facultado o acesso aos elementos da fase investigatória, a exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, igualmente as partes têm o encargo de não transportarem cópias desses elementos para o processo, sob pena de tornar ilegítimo aquele conteúdo.

Neste ponto, lamenta-se que o STF, na ADI n. 6298, tanto pela decisão monocrática do Presidente e do relator, tenha suspendido a aplicação do art. 157, §5º CPP, também introduzido pela reforma, quando vedava ao juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível a possibilidade de proferir a sentença ou acórdão.

Ao nosso lado está a Defensoria Pública mineira através de seus Enunciados n. 14 – *"Por força do artigo 3º-C, §3º, do CPP, os autos do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento investigatório não serão encaminhados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas"*; e n. 15 – *"É vedada, por parte da acusação, a juntada aos autos encaminhados ao juiz da instrução e julgamento de cópias dos elementos de informação existentes nos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, ressalvados apenas os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (artigo 3º-C, §3º, do CPP)"*.

2.17. O juiz das garantias e sua implantação nas normas de organização judiciária.

Como forma de organizar a atuação do juiz das garantias, o parágrafo único do art. 3º-D prevê que nas comarcas onde funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de regular a atividade do juiz das garantias e o impedimento dela derivado.

Sobre esta disposição específica, vale aqui o registro de sua suspensão pela decisão proferida em Medida Cautelar pela Presidência do STF na ADI n. 6298-DF. O Min. Dias Toffoli concluiu que:

> *Situação diversa ocorre com o art. 3º-D, parágrafo único, o qual não dispõe propriamente sobre o processo penal, ingressando em questão de organização judiciária, pois determina que se adote um sistema de rodízio de magistrados como mecanismo de efetivação do juízo das garantias.*

Na ótica do Presidente do Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia legislando sobre matéria de organização judiciária, cuja competência, pelo texto da CRFB pertenceria aos tribunais (art. 125, §1º). Registre-se que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, manteve, monocraticamente, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal e determinou a suspensão do dispositivo.

Pensamos que a simples previsão de um rodízio não represente vício afeto à matéria de organização judiciária, posto que o rodízio poderia ser organizado de inúmeras maneiras conforme a regulamentação de cada Estado. Até mesmo o estabelecimento de regras de tabelamento seria possível para suprir a necessidade de normatização da nova função processual.

O próprio art. 3º-E tinha ciência de que a matéria de organização judiciária é de competência dos entes federados, tanto que a menciona quando afirma que: "será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal."

Apenas a título exemplificativo, o art. 1º, §2º da Lei n. 12.694/2012 tratou da formação

do colegiado para apuração de crimes envolvendo organizações criminosas, prevendo a atuação do *"juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição"* e nem por isso a norma foi tida por inconstitucional em virtude do seu tratamento em tema de organização judiciária.

Embora o art. 3º-D, parágrafo único esteja suspenso, não haverá qualquer juízo à implementação do instituto, mesmo que com um sistema de rodízio regulamentado no âmbito de cada tribunal, com base no permissivo constante do art. 3º-E do CPP.

Todavia, o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, determinou também a suspensão do art. 3º-E do CPP, por tempo indeterminado, ampliando a restrição inicialmente estabelecida pelo Min. Dias Toffoli.

2.18. Da inaplicabilidade do juiz das garantias em certos órgãos jurisdicionais – reflexos jurisprudenciais derivados da medida cautelar decidida monocraticamente na ADI n. 6298

Como vimos linhas acima, a própria lei afasta a incidência do Juiz das Garantias ao Juizados Especiais Criminais e às Varas Criminais com competência colegiada. Todavia, é importante no registro de que a decisão cautelar proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 6298-DF realizou alguns recortes na disciplina legislativa do juiz das garantias, restringindo a sua incidência.

O primeiro caso a ser mencionado diz respeito à inaplicabilidade da figura do juiz das garantias às ações penais que tramitem em órgãos de natureza colegiada, a exemplo dos tribunais locais e tribunais superiores. Na ótica do STF, a colegialidade é uma garantia de reforço da imparcialidade, o que tornaria despiciendo o impedimento advindo da atuação na fase de investigação ao Desembargador ou Ministro por ocasião do julgamento da ação penal. Em sua decisão Dias Toffoli afirma:

> *Além disso, conforme demonstrado anteriormente, o juiz das garantias tem como objetivo amenizar os riscos de contaminação subjetiva do julgador e reforçar a imparcialidade do juiz. Ocorre que, nos tribunais, as ações penais são julgadas por órgão colegiado, forma de julgamento que já garante um incremento de imparcialidade.*

Seguindo o raciocínio de que órgãos coletivos possuem a imparcialidade assegurada pela sua própria estrutura colegiada, o STF afasta a incidência do juiz das garantias no Tribunal do Júri. Se pensarmos que os jurados acompanham apenas a segunda fase do procedimento, onde há instrução probatória em plenária, seria palatável aceitar a conclusão do STF:

Do mesmo modo, deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos processos de competência do Tribunal do Júri, visto que, nesses casos, o veredicto fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos Tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade.

Entretanto, não nos parece ter agido acertadamente o STF também nesse ponto, visto que o Juiz Presidente exerce atividade decisória na primeira fase do procedimento, ana-

lisando o conteúdo produzido no inquérito policial e na instrução processual para verificar a presença da prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria capazes de suportar a decisão de pronúncia do acusado na forma do art. 413 do CPP.

Assim, se o juiz presidente atua na primeira fase do procedimento, inclusive durante o inquérito policial, não se pode ter certeza da sua imparcialidade por ocasião da prolação da decisão de pronúncia.

O segundo recorte realizado pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Para o STF, criar a cisão entre juiz das garantias e juiz de instrução e julgamento em crimes desta natureza impediria o magistrado de "*conhecer toda a dinâmica do contexto da agressão*":

> *De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão.*

Pensamos que a necessária proteção das mulheres vítimas de violência doméstica não deva levar o sistema processual a admitir a contaminação do magistrado para melhor compreensão dos fatos. A argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal apenas reforça o ideário de que a melhor jurisdição é aquela em que o magistrado julga a partir dos elementos construídos no inquérito policial e que posteriormente são submetidos a tradicional ratificação em juízo, muito comum no cotidiano forense.

Não é possível encontrar argumentos que justifiquem o afastamento do juiz das garantias nos procedimentos de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Nos crimes praticados contra crianças, idosos e demais pessoas vulneráveis, também não é necessário conhecer a dinâmica e o contexto da agressão?

A negativa de aplicação também se estendeu à Justiça Eleitoral, em razão de questões estruturais do próprio órgão, cuja essência é a de ser constituído por magistrados da Justiça Estadual que atuam por meio de designação:

> *Neste juízo precário da liminar, por ora, também entendo que o juiz das garantias não deve, ainda, ser aplicado aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.*
>
> *Não se pode ignorar que a Justiça Eleitoral brasileira, em sua arquitetura ímpar, estruturada para conduzir o processo democrático, dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias.*
>
> *Com efeito, é possível que um magistrado que atue como juiz das garantias em uma investigação de competência estadual fique impedido, em seguida, de atuar no processo criminal, caso se entenda que há crime eleitoral no fato investigado, causando embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral.*

Registre-se que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do Juiz das Garantias, torna inócuas as exceções estabelecidas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2.19. Da suspensão do prazo de vigência do juiz das garantias – reflexos jurisprudenciais derivados da medida cautelar decidida monocraticamente na ADI n. 6298

A vigência da lei, em relação ao juízo de garantias também sofreu impactos pela decisão proferida pelo STF. Este talvez seja um dos poucos pontos com o qual concordamos com a decisão proferida na ADI n. 6298, já que o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido pelo art. 20 da Lei n. 13.964/2019 é exíguo para permitir uma implantação adequada do instituto, como mencionado em sua decisão:

> *Em razão disso, é forçoso reconhecer que o prazo de 30 dias fixado no art. 20 da Lei no 13.964/2019 é insuficiente para que os tribunais promovam essa adaptação. Impõe-se, portanto, a fixação de um regime de transição mais adequado e razoável, que viabilize, inclusive, sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais.*

Assim, em uma construção não muito usual, o Min. Dias Toffoli suspendeu a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei no 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais. Estabeleceu ainda que essa implantação deveria ocorrer em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão, adotando tal prazo a partir da leitura do art. 3º-F, parágrafo único da lei.

O grande risco à figura do juiz das garantias é que a sua implementação possa ser prorrogada, já que a vigência do dispositivo não está atrelada a um comando normativo, mas ao arbítrio do Supremo Tribunal Federal na gestão de uma medida cautelar.

Registre-se que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do Juiz das Garantias, por tempo indeterminado, prejudica o prazo até então estabelecido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2.20. Das regras de direito intertemporal do juiz das garantias – reflexos jurisprudenciais derivados da medida cautelar decidida monocraticamente na ADI n. 6298

O juiz das garantias também já sofre limitações em matéria de direito intertemporal. Na decisão cautelar proferida na ADI 6298, o STF conferiu interpretação para afastar a incidência do instituto às ações penais já instauradas por ocasião de seu "inicio de vigência", não havendo impedimento a ser reconhecido em virtude de pretérita atuação do magistrado.

No mesmo sentido, se manifestou o STF no tocante às investigações em andamento que sofram intervenção judicial. O juiz que as conduzir permanecerá responsável, sendo desnecessária a redistribuição para um novo magistrado que passe a exercer a função de garante, como restou explicitado:

> *(i) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento em que*

> *os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente.*
>
> *(ii) quanto às investigações que já estiverem em andamento no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para oficiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.*

Não discordamos desse ponto em relação à transição do juiz das garantias. O Código de Processo Penal adota a teoria do isolamento dos atos processuais como determina o art. 2º, o que significa dizer que as ações penais em curso e as investigações não devam sofrer nenhum impacto quando a nova função processual estiver em pleno vigor.

Todavia, com a decisão do Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do Juiz das Garantias por tempo indeterminado, cria um clima de incerteza a respeito da questão intertemporal das disposições de lei.

Inobstante esse quadro assustado criado pelo Supremo Tribunal Federal, é inegável que o juiz das garantias constitui verdadeiro avanço no sistema processual brasileiro e traduz importante instrumento de reforço à necessária imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório.

Cabe agora, então, um rápido panorama sobre a investigação defensiva e como o tema pode travar um diálogo com o juiz das garantias recém aprovado.

3. O EXERCÍCIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COM SUPORTE E CONTROLE DO JUIZ DAS GARANTIAS

O tema da investigação criminal defensiva tem merecido novos olhares da doutrina em razão do recente Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que regulou a atividade em prol da advocacia.

A investigação direta desenvolvida pela defesa guarda relação com os princípios constitucionais e convencionais da ampla defesa e do contraditório, em paralelo ao chamado direito à prova no processo penal.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, *'b'*, *'c'*, *'d'*, *'e'* e *'f'*, as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa.

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

Por trás do direito a um defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para

o exercício da defesa se insere a possibilidade de se produzir provas na relação processual e, consequentemente, o direito à realização da busca e coleta de informações de interesse da defesa.

A investigação defensiva, como bem pontua André Mendes, é: "*garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa*"[463].

Na atividade de investigação direta o papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e nortear a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo.

Não é por outra razão que o Estatuto da OAB e a Lei Complementar n. 80/1994 asseguram ao indiciado a assistência jurídica desde o inquérito policial e até após o trânsito em julgado da ação penal, de modo que o acompanhamento da coleta de elementos de formação do convencimento seja a mais completa possível[464].

Dentre vários escopos, a investigação direta pela defesa se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

A partir desses objetivos, a defesa realiza diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. Poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária[465], de acordo com a impressão de Susan Haack.

A pergunta que se faz é: a investigação defensiva depende de previsão legislativa

---

[463] (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119).

[464] "Justamente por ser o inquérito uma etapa importante para a obtenção de meios de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial de conteúdo" (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tirbunais, 2004. (Coleção Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 9, p. 200-201).

[465] "A atividade de um investigador é descobrir a verdadeira resposta à sua pergunta; portanto, sua obrigação é buscar as evidências que ele puder e avaliar o mais razoavelmente possível. Então, novamente, estritamente falando, "investigador desinteressado e imparcial é meio que um pleonasmo; um investigador interessado e tendencioso e um oximoro. Mas na vida real, obviamente, é muito mais confuso. Provavelmente ninguém é de integridade intelectual sólida, e até os mais honestos inquiridores têm seus preconceitos e pontos cegos; e um defensor ansioso para evitar ser pego de surpresa pode perguntar com escrupulosa meticulosidade. (tradução livre)" (HAACK, Susan. **Evidence matters**: science, proof and truth in the law. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 30).

para o seu desempenho imediato no Brasil? A nosso ver, é possível concluir que a investigação direta pode ser previamente à alteração no Código de Processo Penal. Na experiência italiana, a partir de um simples dispositivo das disposições de atuação do Código de Processo Penal (art. 38) deu-se início a uma profícua reflexão que culminou na alteração do Código e na criação de uma extensa regulamentação do tema.

Nos Estados Unidos, a falta de norma regulamentadora também não foi obstáculo ao exercício das atividades defensivas, já que a *American Bar Association* trouxe importantes contribuições nesse campo a partir dos seus *Standards* sobre função defensiva e a Suprema Corte forneceu grande instrumento por meio do caso *Brady v. Maryland*, com o reconhecimento do dever de compartilhamento por parte da acusação (*Duty to Disclosure*).

Entretanto, se é fato que o direito à produção probatória se extrai da ampla defesa e do devido processo legal, não podemos nos esquecer de que nosso sistema busca preservar a segurança jurídica. Assim, para a validade do que denominamos de binômio validade/veracidade da informação colhida pela defesa, nada mais natural que haja uma regulamentação sobre o tema, de modo a conferir maior fiabilidade ao conteúdo do inquérito defensivo.

Como o legislador nem sempre é capaz de estar à frente de seu tempo, certamente a defesa técnica se verá diante de situações em que a busca por fontes de prova decorra de atividades até então inéditas.

Assim, os meios atípicos[466] de coleta de informações no curso da investigação defensiva poderão ser empregados desde que moralmente legítimos e mesmo que não expressos nas normas do Código de Processo Penal.

Dentre os atos típicos de investigação direta, apontamos a colheita e registro de depoimentos, a requisição de documentos e informações, os Exames e contraprova pericial, o exame de local, o depoimento de especialistas e apoio de equipes multidisciplinares, o acesso aos bancos de dados públicos e às informações pessoais do imputado e a coleta de dados pessoais da vítima e de seu comportamento em espaços públicos, tudo é claro em um ambiente de licitude e lealdade.

Talvez o maior obstáculo à incorporação da investigação criminal defensiva em nosso sistema jurídico esteja relacionado a uma pretensa e inexistente relação de cumplicidade entre a defesa e o defendido. É senso comum da população que o papel do profissional de defesa é o de ocultar a verdade e simular situações inexistentes no exercício da defesa.

Pensamos que uma norma de preceitos éticos apta a orientar o defensor no exercício da atividade investigativa de defesa, impondo limites ao exercício de diligências e reafirmando a necessidade de observar as garantias de todos os indivíduos submetidos ao inquérito defensivo, possa traduzir a segurança que se espera da atividade.

---

[466] "No primeiro caso, seriam então atípicos os eventuais instrumentos não previstos em lei, embora não seja fácil identificar meios diversos daqueles já referidos pelo legislador, dado que as fontes de prova são limitadas, assim como o são as possíveis modalidades da função representativa. Isso vale até para os meios resultantes do desenvolvimento tecnológico porque se reduzem sempre às noções de documento ou perícia, submetendo-se às regras que disciplinam tais modalidades probatórias." (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318, p. 314).

É necessário, porém, uma regulamentação inicial e não exaustiva da investigação defensiva pelo Código deva prever: 1 – o reconhecimento da atividade propriamente dita e os momentos em que ela pode ser realizada; 2 – as diligências e o seu modo de agir, estabelecendo limites e comportamentos, especialmente em relação aos terceiros abordados por essa investigação; 3 – o grau de publicidade da investigação defensiva e a possibilidade de utilização no inquérito policial, procedimento investigatório, ação penal ou qualquer outro momento procedimental; 4 – a possibilidade de investigação defensiva em favor de vítimas; 5 – o responsável pela condução da investigação defensiva e os sujeitos que dela farão parte; 6 – a possibilidade de amparo judicial quando houver obstáculo ao exercício da investigação defensiva.

Se o dogma da ciência jurídica é que nada é absoluto e ninguém está imune ao controle judicial, essa premissa vale para a investigação defensiva. Assim, parece-nos correto admitir que a atuação da defesa na condução de sua investigação possa se submeter ao controle externo, de índole judicial quando os atos praticados interfiram negativamente na investigação deduzida pela Polícia Judiciária ou Ministério Público (atos procrastinatórios, ameaças ou destruição de evidências) ou quando violem direitos a garantias individuais de terceiros.

Por outro lado, a própria defesa pode se socorrer do juiz sempre que se deparar com algum obstáculo ao exercício de suas diligências, requerendo as medidas jurídicas cabíveis com o respectivo embasamento jurídico (coleta antecipada de depoimento, acesso a documentos ou objetos, por exemplo).

É nesse ponto que o tema da investigação defensiva dialoga com a figura do juiz das garantias. O art. 3º-B incisos III (apresentação do preso), VI (produção antecipada), X (requisição), XIII (incidente de insanidade mental), XV (acesso pela defesa a elementos já documentados) e XVI (assistente técnico), todos do CPP, se tornam instrumentais à defesa exercer atos de investigação defensiva que possam contar com suporte jurisdicional sempre que houver embaraço à atividade da defesa.

Em sede de inquérito policial, é pacífico que o distanciamento do juiz das atividades investigativas não significa que ele está obstado de intervir para garantir os direitos fundamentais do sujeito passivo[467], na forma do art. 3º-B, caput do CPP.

4. CONCLUSÃO

É inegável que o juiz das garantias constitui verdadeiro avanço no sistema processual brasileiro e traduz importante instrumento de reforço à necessária imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório.

A investigação direta desenvolvida pela defesa guarda relação com os princípios constitucionais e convencionais da ampla defesa e do contraditório, em paralelo ao chamado direito à prova no processo penal.

Apesar dos recortes operados pelo STF no julgamento monocrático da Medida Cautelar ADI n. 6298, é certo que o instituto pode modernizar o processo penal brasileiro

---

[467] "Essa é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo." (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2015, p. 258).

e contribuir ainda mais para o exercício da atividade de investigação defensiva.

5. REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ, 2005

HAACK, Susan. **Evidence matters**: science, proof and truth in the law. New York: Cambridge University Press, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação preliminar no processo penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Ed., 2005.

CAPÍTULO X

ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES

RODRIGO MURAD DO PRADO

Doutorando em Direito Penal – Universidad de Buenos Aires. Mestre em Direito. Criminólogo. Defensor Público. Professor Universitário.

MARIA STELA MIGLIORINI

Bacharel em Direito. Aprovada XXVIII Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Voluntária na Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

CAPÍTULO X – ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÕES

O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NO PACOTE ANTI CRIME

1. NOÇÕES PRELIMINARES

O tema relativo ao arquivamento de investigações passa necessariamente pela seara dos direitos fundamentais pois que, quando o Estado chama para si o direito de exercer o poder punitivo, nasce para o indivíduo o direito a saber quais seriam os limites de tal exercício e quais direitos teria contra a eventual arbitrariedade. Assim, é necessário ter a noção de que os direitos fundamentais têm uma grande aproximação com o direito moderno, pois, a partir de ideais do constitucionalismo oriundo da Revolução Francesa e pelo que reza o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: onde não haja divisão de poderes e previsão de direitos fundamentais não há Constituição.

O delito é um episódio particular na vida de seu realizador dado que, além dos motivos particulares, há um questionamento filosófico, econômico e social. O imputado questiona o "porquê", "como", "onde", "quando" e "para quê" do fato e a sociedade o julga antecipadamente baseada no seu particular sentido defesa social ante um delito. Nesse momento, surge também, de forma paradoxal, os seguintes questionamentos: "por que", "como", "onde", "quando", "para quê" punir?

A persecução penal é baseada no "rapto" do direito de punir feito pelo Estado a partir de sua Constituição. Essa atividade é, sem dúvida, a que ameaça os bens mais caros do ser humano: a liberdade e, às vezes, a perda da vida (para o Estados que ainda a admitem). Ao Estado foi admitido investigar os fatos possivelmente delituosos em nome de garantir a segurança pública e, assim, a coexistência pacífica. Sob esse preceito, pode o titular do poder punitivo investigar, vasculhar, chafurdar a vida do suspeito (imputado) buscando seus antecedentes, comportamentos, relações sociais, familiares, laborativas, recreativas e, inclusive, religiosas ou não, em busca de uma justificação plausível para a sociedade sobre o porquê da ocorrência do delito. Havendo um possível delito e um suspeito, o imputado de indivíduo comum transmuda-se em suspeito, tudo justificado pela supremacia do interesse público.

Devemos ter em conta que no sistema constitucional brasileiro, o Poder Judiciário e o Ministério Público não possuem legitimação democrática através da escolha de seus representantes por meio do voto popular, a exemplo de países como os Estados Unidos.

Outro ponto relevante é o de que o delito não deve ser visto a partir de uma perspectiva eminentemente formal e abstrata pois que são cometidos dentro de uma sociedade, e por ela vistos, sentidos e por eles influenciados, numa relação necessária, simbiótica, autopoiética e, claro, numa perspectiva econômico e social de grande e notória exclusão social.

A investigação, num mundo interconectado, onde há o acesso instantâneo, com ou sem filtragem, da notícia, causa uma mácula indelével sobre o investigado acompanhando-o por toda a sua existência.

O sistema de punição criminal acaba por expressar ironicamente uma "opção preferencial pelos pobres", impingindo sua incomensurável força sobre os denominados "de-

sajustados sociais", onde incluímos os mais pobres.

Desse modo, a dignidade da *opinio delicti* ou o denominado púlpito ministerial não devem servir a perseguições pessoais ou desnecessárias, ou, o que é pior, quando impessoais e necessárias, carregadas com demasia em total despropósito com o princípio da proporcionalidade que também serve de guia para o oferecimento de uma denúncia ou queixa.

2. O INQUÉRITO POLICIAL E AS PEÇAS DE INFORMAÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E A RELEVÂNCIA NO PROCESSO PENAL

O poder Constituinte de nossa Magna Carta estipula que o poder emana do povo e que a este o pertence, cabendo apenas ao Estado a titularidade deste poder. Esta titularidade do poder é exercida através de um instrumento intitulado pelo direito como processo.

No âmbito penal, o processo é instrumento pelo qual o Estado põe em prática o *jus puniendi*, o seu direito de punir, sendo que o instrumento processo serve para estabelecer normas e princípios a serem seguidos em sua aplicação.

Para Alberto M. Binder (2003)[468] as estruturas do processo penal servem para torná-lo um processo garantidor, organizando-se de um modo determinado para que possa atingir efetivamente os seus princípios fundamentais e por isso todo processo penal estaria estruturado em fases que cumprem objetivos específicos.

A primeira fase, e de maior importância para este trabalho, é a fase de investigação, preparação, que possui o escopo de preparar a acusação: o inquérito policial.

Renato Brasileiro de Lima[469] conceitua o inquérito policial como sendo um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial visando a colheita de informações acerca de um delito. Aqui você explicou a mesma coisa duas vezes, onde está sublinhado, e onde está entre colchetes.

Neste contexto, a autoridade policial quando toma ciência de que um suposto fato delituoso tenha sido cometido, instaura o inquérito para obter informações acerca da autoria do delito e sua materialidade, possibilitando que o Ministério Público nos casos de ação pela via pública e o ofendido no caso de crime de ação penal privada possam realizar o oferecimento da denúncia e da queixa-crime.

Diante disso, o inquérito policial como procedimento investigativo, serve para recolher os elementos de informação que vão esclarecer se o fato ocorrido constitui um delito, bem como a sua autoria e todos os acontecimentos, ofertando subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da ação penal.

Trata-se ainda de um procedimento de natureza administrativa, uma vez que é instaurado pela autoridade policial ambicionando angariar informações necessárias à elucidação de delitos.

---

[468] BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Tradução Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p. 173

[469] LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 39.

Importante frisar neste momento que o inquérito policial não se trata de um processo judicial, muito menos de um processo administrativo, haja vista que não impõe uma sanção direta e não há o exercício de pretensão acusatória.[470]

Por não se tratar de um procedimento judicial e por ainda não haver o exercício da pretensão acusatória, não existem no inquérito policial as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Diante da ausência destas garantias constitucionais, o inquérito policial possui um valor probante relativo, pois como preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, *"o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação"*[471], ou seja, o juiz poderá fundamentar sua decisão em alguma prova colhida na investigação, contudo, não poderá ser a sua única fundamentação.

Neste diapasão, as peças de informação do inquérito policial são aqueles elementos angariados na fase de investigação sem que haja partição das partes. Daí se extrai a principal diferença entre as peças de informação e as provas, uma vez que as provas são aquelas formadas, em regra, dentro do procedimento judicial e diante do contraditório e da ampla defesa, o que não ocorre com as peças de informação.

Inobstante não serem produzidas dentro das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as peças de informação do inquérito policial são de suma importância para a persecução penal, pois, além de motivarem o oferecimento da acusação, podem acarretar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou até mesmo formar a sua convicção acerca de uma absolvição sumária.[472]

Despido de uma ordem legal pré-determinada rígida para a realização de seus atos, como afirma Avena (2011)[473] o inquérito policial funciona como um procedimento flexível, logo, eventuais vícios não possuem o condão de nulificar automaticamente todo procedimento judicial subsequente, uma vez que possuem independência formal.

Como explana Renato Brasileiro[474], do caráter instrumental do inquérito policial sobressai duas funções, a primeira preparatória e a segunda preservadora. A função preparatória serve para obtenção das peças de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, bem como acautelar meios de provas.

Já a função, preservadora, constitui um importante papel do inquérito policial, pois, é a partir dela que o inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado e temerário.

Desta maneira, uma vez concluído o inquérito policial, o órgão dotado da função de acusar deve analisar se os elementos ali presentes são suficientes para a apresentação da acusação, bem como a acusação deve ser feita dentro dos limites encontrados, caso

---

[470] Idem.

[471] RIO DE JANEIRO, Código de Processo Penal (1941) Capítulo I – Disposições Gerais, Art. 155. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 13, jan 2020.

[472] LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p., 41.

[473] AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 3ª edição. São Paulo: Metodo, 2011. p. 161.

[474] LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit. p., 39.

contrário, esta não deverá ser realizada, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários como o procedimento judicial para o Estado.

De modo infeliz, o que ocorre no cotidiano jurídico é o quadro oposto, onde a acusação virou a regra, dotada de excesso de imputação, imputando mais do que o acusado merece, objetivando dificultar a defesa para obter a condenação acima do que a culpabilidade do acusado demonstra ser merecedor.

A função preservadora deveria ganhar mais destaque dentro do inquérito policial, uma vez que mesmo a pessoa acusada tenha a sua inocência provada, o simples fato de ter sido processada criminalmente é suficiente para acarretar para sempre sofrimentos, gastos e descredito público.

Alinhado a isto, o inquérito policial serve não apenas para deflagrar uma ação penal, mas também para garantir que a opção de submeter determinada pessoa a um julgamento não seja precipitada, superficial ou arbitrária.

3. O SISTEMA INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO: O CONVÍVIO DE UMA REMINISCÊNCIA DO REGIME FASCISTA (CODICE ROCCO) COM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

No que se diz respeito ao sistema do processo penal, ou seja, a estrutura na qual é regido, sempre houveram grandes variações ao longo do tempo, conforme foram surgindo ideologias punitivas e liberatórias. De maneira geral, o sistema de um processo penal dependerá dos elementos autoritários ou democráticos estampados na legislação magna de seu país. A doutrina, destaca três estruturas processuais penais, quais sejam, o sistema acusatório, o inquisitivo e o misto.

O sistema acusatório, como explana Avena (2003)[475], é aquele próprio dos regimes democráticos de direto, uma vez que a sua principal característica é a plena independência das funções de acusar, defender e julgar.

Em outras palavras, a acusação no processo deverá ser feita por um órgão/pessoa, distinto daquele na qual será realizada a defesa, bem como o julgamento também ficará a cargo de pessoa oposta as outras duas.

O nome acusatório se dá porque dentro desta estrutura processual, nenhuma pessoa será processada sem que haja uma acusação, que deverá ter uma narração completa da imputação e suas circunstâncias.

As normas processuais devem, neste modelo, observar rigorosamente as garantias constitucionais, como ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, o direito de a defesa manifestar-se após a acusação, a publicidade dos atos, além da produção probatória ser responsabilidade de apenas as partes, ficando vedado o juiz buscá-las de ofício.

Por sua vez, de maneira oposta ao modelo acusatório, o modelo inquisitivo é próprio dos modelos ditatoriais, onde, de maneira geral, o acusado não possui acesso às garantias no decorrer do trâmite processual.

No modelo inquisitivo, as funções de acusar, defender e julgar podem ser reunidas

---

475 AVENA, Norberto. op. cit. p.,10.

em uma mesma pessoa: o juiz. Não existe aqui a obrigação das funções dentro do processo serem exercidas por pessoas distintas, podendo o juiz, *ex officio*, dar início à ação penal e no seu decorrer se colocar no lugar das partes determinando as provas necessárias para o deslinde do feito.

Não existe ainda a presunção de inocência, fazendo com que o acusado, em grande parte dos casos, permaneça detido durante o sumário de culpa. Não se fala em ampla defesa, contraditório, devido processo legal, nem mesmo o acusado possui o direito a manifestar-se após a acusação.

Por não ter o acusado acesso às garantias, este modelo se mostra como o mais propício a excessos processuais, já que o juiz pode até mesmo decidir, de maneira discricionária sobre a publicidade ou sigilo do trâmite.

O juiz no sistema inquisitório se torna o senhor soberano do processo, já que ele mesmo dá início a persecução processual, faz as acusações, se defende delas e julga a partir de provas que ele mesmo produziu.

Exatamente por isso e com a chegada da onda constitucionalista em todos os países do mundo, o modelo inquisitório caiu em descrença, pois, era difícil crer que uma mesma pessoa pudesse realizar com maestria funções tão antagônicas.[476]

Já o sistema misto, é aquele no qual existem duas fases processuais, uma pré-processual, com caráter inquisitório e uma fase processual de caráter acusatório. A primeira fase é a de investigação, não sendo assegurado garantias como contraditórias, ampla defesa e publicidade, sendo comandada pelo juiz. Já a segunda, é a fase de julgamento, sendo assegurado todas as garantias constitucionais ao acusado.

Existe grande discussão na doutrina acerca do sistema misto, pois muitos autores afirmam que os sistemas puros não possuem correspondência com os atuais, além de não haver uma mescla dos sistemas em cada fase, já que na fase pré-processual predomina o sistema inquisitório e na fase processual o sistema acusatório.

No Brasil, o Código de Processo Penal foi editado no ano de 1941, tendo como a sua principal influencia o Código Penal Italiano (*Codice Rocco*) de 1930, que tinha sua raiz fundada no sistema inquisitório.

A doutrina classifica o sistema brasileiro como sendo misto, mas não há dúvidas que sua essência é inquisitória, derivada do Código Italiano. Aury Lopes Junior (2019)[477], afirma que, ainda que se diga que o modelo brasileiro é misto, a sua fase processual não é acusatória, e sim inquisitória, já que a gestão da produção das provas fica a cargo do juiz.

Para Aury Lopes Junior (2019)[478], não basta que haja apenas a separação inicial das atividades de acusar, defender e julgar e depois no decurso do processo se permita que o juiz tome o papel ativo na obtenção de provas e que até mesmo pratique atos tipicamente da acusação como a converter *ex officio* a prisão em flagrante em preventiva, como explana o artigo 310[479] do Código.

---

[476] LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

[477] LOPES JR., Aury. op. cit. p. 52.

[478] Idem.

[479] "Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro)

Outros dispositivos do Código permitem a atuação *ex officio* do juiz, como o artigo 209, conferindo-o o direito de ouvir testemunhas diferentes daquelas arroladas pelas partes; o artigo 196 que permite o interrogatório do réu a qualquer tempo; o artigo 383 que permite ao juiz alterar a classificação do fato; o artigo 156, I e II, onde o juiz pode determinar diligencias; e dentre várias outras.

Estes dispositivos, quebram a imparcialidade do julgador e demonstram princípios totalmente inquisitivos, pois, dá ao juiz o poder de realizar atos instrutórios com base em sua discricionariedade, podendo ferir a igualdade e o contraditório.

Tanto o Código Penal Italiano, como o Brasileiro foram promulgados em épocas onde se empregavam os discursos punitivos como forma de disfarce de governos com estilos autoritários. Na Itália, o *códice Rocco*, foi revogado em 1988, já no Brasil, o código de 1941 continua vigente após 79 anos e mesmo que tenha sofrido diversas alterações ao longo do tempo é cristalino que ainda existem resquícios da ideologia inquisitória, com dispositivos que ferem totalmente o sistema acusatório previsto em nossa Carta Magna.

Contudo, foi promulgada em 24 de dezembro de 2019, com período de vacância de 30 (trinta) dias, a Lei 13.964/2019[480], na qual modifica e aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Sua principal mudança é a nova redação do artigo 3° A do Código de Processo Penal[481], na qual dispõe expressamente que a estrutura processual penal brasileira terá caráter acusatória, instituindo o chamado juízo das garantias.

Pelo novo dispositivo, ao juiz é vedado praticar quaisquer iniciativas na fase de investigação e ainda praticar substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O Brasil era um dos poucos países que ainda adotavam no processo penal uma estrutura autoritária, onde o juiz era o senhor do processo, praticando atos que não eram próprios da sua função de julgar.

Esta mudança significativa implica uma série de consequências drásticas em diversos dispositivos do código de processo penal, que necessitarão ser relidos com um novo olhar diante da nova estrutura dorsal do processo. Outros dispositivos, acabaram por ser revogados tacitamente, vez que totalmente incompatíveis com a nova estrutura, a exemplo do artigo 156, incisos I e II, que previa a possibilidade de o juiz requerer provas e diligências. O citado dispositivo é manifestamente violador da estrutura acusatória, haja vista que não cabe ao julgador decidir sobre a matéria probatória que são de responsabilidade das partes.

---

horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou,III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança."

[480] BRASILIA, Lei n° 13.964 de 24 de dezembro de 2019 – Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 13 de jan. 2020.

[481] "Art. 3°A - O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação."

O novo dispositivo institui ainda o chamado juiz das garantias, que será o juiz responsável pela fase pré-processual de investigação dos fatos. Nesta fase, o juiz das garantias atuará tão somente como garantidor das garantias constitucionais, não cabendo ao mesmo requisitar diligências. A fase processual ficará a cargo de um novo juiz que não terá qualquer acesso ao procedimento investigativo.

4. A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA: O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CRFB/1988

Toda ação penal possui um titular estipulado pela lei no qual detém a legitimidade, requisito da ação, para propô-la. Para descobrir-se qual a pessoa legítima para ingressar uma ação penal deve-se levar em conta a natureza da infração praticada, podendo a ação ser pública (condicionada ou incondicionada a representação) ou privada.

A titularidade nas ações de iniciativas privada cabe à vítima ou de pessoa que a legalmente represente, que detém a escolha de intentar ou não com a ação. Lado outro, a Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, preconiza que a titularidade das ações públicas fica, privativamente, a cargo do Ministério Público.

Segundo a Carta Magna Brasileira, em seu artigo 127, o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-se à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Inobstante o Ministério Público possuir primordialmente a função de acusador nos crimes de ação penal pública, o órgão fica adjunto de tal função, haja vista que pode no curso da ação requerer a absolvição do réu caso venha a se convencer da inocência do mesmo, cabendo ao juiz, neste caso, conforme artigo 385 do CPP proferir sentença condenatória ou não.

Além disso, o Ministério Público atua como fiscal da lei nas ações de iniciativa privada, assegurando a regular instauração e desenvolvimento do trâmite processual, assim como a aplicação da lei no caso concreto.

Outrossim, o Ministério Público possui um grande e importante papel na fase pré-processual, no inquérito policial. O artigo 129, incisos VII e VIII, da Constituição Federal confere ao órgão a função de exercer o controle externo da atividade policial, além de ter a função de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, devendo indicar os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Cabe ao órgão do Ministério Público realizar as diligências cabíveis acerca da investigação do caso e quando esta for concluída, cabe ao mesmo órgão decidir sobre o arquivamento ou persecução da ação, conforme preconiza o artigo 28 do CPP[482].

Portanto, na órbita criminal, o *parquet*, detém a titularidade constitucional da propo-

---

[482] "Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

situra da ação penal pública, contudo, a sua função dentro do processo não se restringe apenas a acusar, já que atua como fiscalizador da lei nas ações privadas e ainda possui legitimidade para determinar diligencias investigatórias, sendo destinatário de todos os procedimentos de investigação criminal.

Devemos interpretar o órgão do Ministério Público sob uma ótica de que fielmente exercerá sua função constitucional aberta socialmente e certo de que a vida pós-moderna traz conflitos não previstos legalmente. A acusação há de ser consciente pois envolve a tomada de uma posição séria e aflitiva sobre o ser humano. O agir ético, já adotado por diversos países como a Alemanha, indica uma nova consciência desse órgão no início desse novo século.

5. OS REQUISITOS LEGAIS PARA O EVENTUAL EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

A Constituição ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, inclui no rol constante do art. 5º, o inciso LIX prevendo que "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal". Dessa dicção extraímos o seguinte: 1) se há ação penal privada, obviamente há ação penal pública e vice e versa; 2) o titular privado do bem jurídico lesado pelo fato ou seus representantes legais (cônjuge, ascendente, descendente e irmão) pode, ultrapassado pelo representante do Ministério Público o prazo legal, exercer o direito de ação, atuando aí como fiscal do princípio da obrigatoriedade do exercício do direito de ação penal pública.

O art. 129 da Carta Republicana de Direitos[483] prevê ainda que é função institucional do Ministério Público a promoção, privativamente, da ação penal pública, na forma da lei, *in verbis:*

> **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:
>
> **I** - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

O referido dispositivo legal, além de reservar o direito do exercício da *persecutio criminis* e, por consequência lógica, prever a *opinio delicti,* faz alusão de que o titular da ação penal pública pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, consoante o disposto do art. 129, VIII, da CRFB/1988.

Dessa forma temos: 1) a persecução penal é competência do Estado diante da supremacia do interesse público sobre o particular, salvo algumas exceções previstas em lei; 2) o exercício desse poder/dever é privativo de uma instituição – Ministério Público; 3) a titularidade da ação penal pública e o poder de requisitar diligências e, inclusive, de instauração de investigações, pertence ao aludido órgão e 4) o órgão pode e deve exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CRFB/1988).

Passando para a legislação ordinária, nesse ponto, o Código de Processo Penal,

---

[483] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de jan. 2020.

temos que, segundo reza o artigo 41, a denúncia conterá: a) a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; b) qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; c) a classificação do crime e, quando necessário, d) o rol de testemunhas.

O cumprimento abstrato de tais requisitos leva a questionamentos e críticas relevantes pois que, o fato delituoso não deve ser apenas apresentado abstratamente pois, como já demonstrado, afetará a vida de alguém. Assim, para que seu exercício seja legítimo, há de conter um lastro probatório mínimo composto pelos denominados indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime.

Os indícios de autoria e a prova da existência do crime devem ser lastreados por provas válidas, seja legalmente ou legitimamente, para assim formar o denominado liame de causalidade entre ele o suposto realizador.

É certo, pois, que a inexistência de elementos suficientes e que atendam aos comandos mencionados no parágrafo anterior, causam, de plano, a exclusão do crime ou, para alguns, da culpabilidade. Também, devemos destacar que, em determinadas situações, o atendimento àquelas exigências, mas presentes causas supralegais que tornem desnecessária a instauração da ação penal, não há, por lógico que se falar em oferecimento de denúncia – e aqui também podemos falar em queixa crime -.

O exercício de subsunção típica assume especial relevância dentro de um processo penal constitucionalmente adequado para promoção de um conceito responsável de acusação.

Na América Latina temos o disposto do art. 337 da Ley 906/2004, da Colômbia, que elenca os requisitos para a denúncia-crime. São eles: 1) identificação completa do acusado; 2) relação clara e sucinta dos fatos relevantes em linguagem compreensível; 3) relação dos bens afetados, com indicação das provas, por meio de documentos à parte, que devem conter os fatos que não demandam prova; 4) transcrição das provas antecipadas autorizadas judicialmente, quando sua repetição não seja possível; 5) indicação de testemunhas, peritos, documentos, além dos fatos favoráveis ao acusado em poder do Ministério Público.

Vejam como a lei pode ser um instrumento útil para dar contornos constitucionais e convencionais (aqui falamos do Pacto de San José da Costa Rica)[484].

O Dec. 678 de 1992 prevê garantias mínimas aos acusados em geral, *in verbis:*

> ARTIGO 8
>
> Garantias Judiciais
>
> 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente

---

[484] CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos (mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica). Atualmente o CADH é uma das principais bases do sistema interamericano de proteção dos Direito Humanos. Cuida-se de um tratado internacional assinados pelos países-membros da Organização dos Estados Americanos que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José na Costa Rica. No Brasil, foi ratificado através do Decreto n°678 de 06 de novembro de 1992.

e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

A estipulação melhor pormenorizada dos contornos mínimos da denúncia ou queixa, a exemplo do que é praticado na Colômbia, tornaria o exercício do direito de ação menos ávido (sedento pelo seu oferecimento) garantindo ao ser humano um pouco de segurança e menos sujeição à espetacularização do processo investigatório que, diga-se de passagem, atende ao denominado populismo penal midiático.

6. O DENOMINADO *EXCESS CHARGE* OU *CHARGING EFFECT* NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A função do Direito Penal na sociedade moderna é um dos temas recorrentemente discutidos no âmbito acadêmico e social. A sociedade clama por constantes resposta eficientes do Estado no combate da criminalidade que, de forma crescente e aprimorada, vem se suplantando em aparato técnico e letal comparado à preparação do Estado no cumprimento de seu dever de garantia da segurança pública cidadã.

A academia se curvou aos posicionamentos de eminentes professores alemães na década de 70 e 80, a exemplo de Günther Jakobs e Claus Roxin. Jakobs (2010)[485]propunha que a finalidade do direito penal era a garantia de hegemonia e superioridade da norma jurídica penal que, uma vez violada, independentemente da forma de violação, deveria se fazer presente e ser aplicada ao caso para demonstrar sua força cogente e, assim, ser exemplo para que seu respeito seja assegurado pelos membros do corpo social.

Roxin (1986)[486], a seu turno, pregava que a função do direito penal era a tutela do bem jurídico, respeitando que, apenas uma severa violação do bem justificaria a atuação do direito penal.

Na américa latina surgiu o funcionalismo redutor ou também denominado "de contenção", idealizado por Eugénio Raul Zaffaroni que, em síntese, sustentava que a função do direito penal era conter o sistema repressivo do Estado, sendo entendido como o sistema de normas que visa garantir o cidadão contra os excessos praticados pelo Estado no exercício do poder punitivo.

De toda sorte, seja qual for a função a ser desempenhada pelo direito penal, um problema é recorrente, o titular da ação penal pública tem pendido à deflagrar o processo penal inaugurando-o com uma denúncia (petição inicial) dotada de excesso de imputação com nítido propósito lúdico de: **imputar mais do que o acusado merece para dificultar a defesa e obter a condenação acima do que sua culpabilidade demonstra ser merecedor.**

Exemplificando, o Ministério Público ao receber os autos de inquérito policial versando sobre a apuração de um crime de tentativa de homicídio e concluir pela existência de indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime (materialidade), oferece denúncia contra o imputado pela prática do crime de tentativa de homicídio qualificado pelo motivo fútil ou torpe somado à qualificadora da surpresa ou a do recurso que impossibilita ou dificultou a defesa da vítima (art. 121, §2º, inciso I ou II e IV combinado com o art. 14, inciso II, todos do Código Penal).

Para tanto, devemos realizar a análise do direito de punir e seus consectários como, por exemplo, ser a acusação exercida por uma função essencial e permanente à justiça em forma de monopólio e haver princípios que controlam os limites de disponibilidade do exercício da ação penal pelo titular, tais como: legalidade, indisponibilidade, intranscendência; divisibilidade e oficialidade.

Pois bem, o órgão dotado da função de acusar no processo penal adversarial deve ser pautado por atitudes serenas e agir imbuído pelo senso de responsabilidade pois que, o simples deflagrar de um processo penal tem o trágico efeito de tornar um investigado em já condenado perante os meios massivos de comunicação.

Nessa esteira, temos visto um crescente abuso de acusação (excesso de imputação); uma alta carga acusatória; um descabimento de adequação pautado por imputações excessivas como "forçação de barra" no sentido de abusar da incidência de qualificadoras que admitem interpretação analógica.

---

[485] JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Gunther Jackobs, Manuel Cancio Meliá; Organização Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010

[486] ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Editora Vega, Universidade Direito e Ciência Jurídica. 1986.

Não custa lembrar que o que se veda no direito penal é o uso da analogia que se difere de interpretação analógica, esta última admitida.

A interpretação analógica é de fácil observação e expressamente autorizada pelo dispositivo legal, pois o mesmo sempre trará, sem exceção, ao agente que interpreta uma fórmula casuística e uma fórmula genérica, permitindo nesse caso que, por meio da fórmula genérica, se faça uma extensão **in malam partem** ou **in bonam partem**. Exemplo recorrente e de fácil compreensão é o art. 121, § 2°, I, CP, que qualifica o homicídio se o mesmo ocorrer "mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe".

O excesso de carga fere as garantias do imputado; demonstra falta ética por parte de um agente político (Ministério Público); dificulta a busca por uma pena justa; fere o princípio da necessidade da pena e da justiça na aplicação de sanção e demonstra, sobretudo, uma modalidade de "chicana" acusatória típica de quem não está imbuído com espírito do Ministério Público no processo penal mas, sim, está atuando como justiceiro.

Na Bíblia Sagrada, temos no livro dos Eclesiastes, 7:16: Não sejas demasiadamente justo, nem demasiadamente sábio; por que te destruirias a ti mesmo? O exageradamente justo não é aquele que exige justiça de si mesmo, mas sim o que exige ser tratado conforme a sua própria justiça. O limite entre ser justo (que é um dever inegociável) e o ser "exageradamente justo" é ultrapassado quando uma pessoa não só pratica a justiça como também exige ser tratada na vida segundo sua justiça.

O excesso de carga acusatória é uma forma de malversação da busca pela verdade real, recai sobre o imputado com uma carga maior ainda em uma sociedade de risco em que o medo e a mídia clamam por respostas rápidas e desarrazoadas em nome da garantia da ordem e pacificação social.

Para a se chegar a essa conclusão é mister analisarmos os direitos fundamentais do cidadão frente ao poder do Estado. A teoria dos direitos fundamentais tem estruturação maior a partir do constitucionalismo oriundo da Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prevê, em seu art. 16, que onde não esteja prevista a divisão de poderes e direitos fundamentais não há Constituição. Os direitos fundamentais representam um obstáculo ao poder absoluto do Estado na consecução de seus objetivos e é um marco de divisão na compreensão moderna do que seja poder legítimo. O cumprimento das normas pela população exige que ela acredite que elas contêm justiça, embora não necessariamente estejam baseadas em direitos fundamentais.

No âmbito do processo penal a valorização da dignidade da pessoa humana irradiando efeitos interpretativos para o respeito ao devido processo legal, contraditório substancial e necessário entre as partes (paridade de armas) de modo a evitar o sacrifício desnecessário dos direitos do suspeito; a existência de juízes imparciais e escolhidos previamente ao caso; o fortalecimento do "favor rei"; a responsabilidade por erro judicial, dentre outros, é valor de escol.

Nesse viés, o agir ético do titular da ação penal, Ministério Público, ao oferecer a denúncia decorre mais de uma exigência sistêmica do que da independência funcional. Aqui, temos um confronto entre o direito fundamental da proporcionalidade X segurança pública X independência funcional do órgão acusatório. O que deve prevalecer?

O Ministério Público ao exercer seu opinio delicti diante de investigações preli-

minares deve agir com maior comprometimento vez que, por ser agente político que não é escolhido pelo povo mas sim por um critério objetivo de questionamento intelectual e avaliação do conhecimento rigorosos, somados à meritocracia, é dotado de maior respeito frente à sociedade. O trabalho do Promotor de Justiça ou Procurador da República legitima toda a sua instituição. Não havendo a presença de elementos mínimos de um fato delituoso (lastro probatório) e um nexo de culpabilidade entre o fato e o suposto autor/imputado, não deve ser necessário que uma sentença ou acórdão rejeitem a inicial acusatória mas, sim, o arquivamento.

A carga estigmatizante do processo sobre o investigado o acompanha em toda a sua existência o que deve ser avaliados pelo órgão do Ministério Público que, diante da dignidade da **opinio delicti** ou o púlpito ministerial não devem criar um palco para por em apresentação perseguições pessoais, ou mesmo a submissão de pessoas aos vexames de uma apuração sem uma perspectiva razoável de procedência do pedido.

7. OS PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA: LEGALIDADE, INDISPONIBILIDADE, INTRANSCENDÊNCIA, DIVISIBILIDADE E OFICIALIDADE

Como já dito alhures, as ações penais poderão ser públicas ou privadas, levando em consideração a natureza do delito praticado. As ações públicas poderão ser incondicionadas ou condicionadas à representação.

A ação penal pública contém previsão no artigo 100, *caput*, do Código Penal[487] e no artigo 24, do Código de Processo Penal[488] e é utilizada nas infrações penais que interferem diretamente no interesse geral da sociedade

No que se diz respeito à ação pública incondicionada, o Ministério Público é o seu único titular e o nome incondicionada se dá, uma vez que o *parquet*, pode instaurá-la independentemente de vontade do ofendido e até mesmo se houver manifestação contrária ao oferecimento da denúncia.

Comumente, o seu oferecimento se dá a partir das informações coletadas no inquérito policial, conquanto a existência do mesmo não seja indispensável para tanto. Além disso, quando verificada a existência de um delito por meio do qual sua persecução seja por ação pública incondicionada, o Ministério Público tem o dever de propô-la.

Constitui essa modalidade a regra geral dentro do processo penal brasileiro, como bem explana o artigo 100 do Código Penal, ou seja, todas as ações são públicas incondicionadas, ressalvados os casos na qual a lei expressamente condiciona à uma prévia representação, como por exemplo o artigo 156, §1°, do CP, ou estabelece que a ação somente se procede mediante queixa (ação privada), como por exemplo o artigo 163 do CP.

Na ação pública condicionada a representação, o Ministério Público continua sendo o seu titular, contudo, em decorrência do delito esbarrar não somente na esfera do interesse público, mas também no âmbito dos interesses da vítima, o oferecimento da denúncia

---

[487] Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

[488] Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

pelo *parquet*, dependerá da manifestação de vontade do ofendido ou de quem legalmente o represente. São exemplos de ação pública condicionada a representação os artigos, § 3° c/c artigo 145, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Assim como em todo o direito, a ação penal pública contém princípios norteadores, sendo eles o princípio da legalidade, indisponibilidade, oficialidade, divisibilidade e intranscendência.

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da obrigatoriedade, é o princípio que obriga o representante do Ministério Público a dar início a persecução penal quando presentes os indícios de autoria e provas da materialidade do fato. Como dito anteriormente, findo o inquérito policial, o representante do Ministério Público pode oferecer denúncia ou requerer o seu arquivamento. Contudo, esta escolha não se dá de maneira discricionária, uma vez que se estiverem presentes indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como não haver causas extintivas de punibilidade, o *parquet*, possui a obrigatoriedade de oferecer a denúncia.

Por meio deste princípio, nem mesmo o arquivamento do inquérito policial poderia ocorrer por escolha do promotor, já que o artigo 17 do CPP, preconiza que o mesmo não poderá arquivá-lo, mas tão somente requerer ao juiz que o faça. Ademais, mesmo o promotor requerendo o arquivamento do inquérito, conforme artigo 28 do CPP, se o juiz assim não entender, pode encaminhar as peças de informação ao Procurador Geral, que poderá oferecer denúncia, encaminhar a outro promotor para que a faça ou insistir no pedido de arquivamento.

A obrigatoriedade não é absoluta, uma vez que é mitigada nos casos de infrações penais no âmbito do Juizado Especial Criminal regidos pela Lei 9.099/1995, em que há a previsão de transação penal entre o Ministério Público e o autor do fato, onde o *parquet* deixa de propor a ação penal com aplicação direta de pena não privativa de liberdade ao acusado.

Pelo princípio da indisponibilidade, uma vez proposta a ação, o membro do Ministério Público não pode dela desistir ou transigir quanto ao seu objeto, conforme ordem expressa do artigo 42 do CPP[489]. No âmbito dos juizados especiais criminais, este princípio também é mitigado, uma vez que o artigo 79 e 89, ambos da lei 9.099/1995, prevê a possibilidade de ocorrer a transação penal após o oferecimento da denúncia ou a suspensão condicional do processo, acarretando a sua extinção.

Já o princípio da intranscendência dispõe que a ação penal somente poderá ser ajuizada contra aquela pessoa responsável pela autoria ou participação no fato criminoso. É decorrente da garantia constitucional elencada no artigo 5°, inciso XLV da Constituição Federal de 1988, onde prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

A divisibilidade da ação penal estipula que havendo mais de um autor do fato típico, pode o membro do Ministério Público oferecer denúncia contra apenas a um deles, postergando a propositura da ação contra aos demais. Essa divisibilidade pode encontrar respaldo na necessidade de se buscar maiores elementos para o procedimento, bem como questão de estratégia processual. A divisibilidade da ação penal pública não acarreta qualquer preclusão quanto aos autores do delito não denunciados, cabendo o aditamento

---

489 "Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal".

da denúncia para inclusão do polo passivo a qualquer tempo e sendo possível também o ajuizamento de uma nova ação penal contra o coautor não incluído no processo já sentenciado.[490]

Apesar do princípio da divisibilidade penal ser consagrado pelos tribunais superiores, existe na doutrina algumas críticas a este princípio. Aury Lopes Junior (2019)[491] argumenta que a divisibilidade estabelece um paradoxo quando interpretado a luz dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Concordamos com sua posição, uma vez que sendo a ação penal obrigatória e indisponível não pode o promotor de justiça, a seu bel prazer, decidir quando e contra quem irá dar início o procedimento penal.

Por fim, a oficialidade da ação penal pública, estipula que esta somente poderá ser deflagrada por aquele no qual detém legitimidade para o ato, no caso o Ministério Público, independentemente de vontade expressa ou tácita do ofendido. Pode ser mitigada no caso de inércia do Ministério Público, conforme previsão do artigo 29 do CPP e artigo 5°, inciso LIX , da Constituição, onde confere ao ofendido a possibilidade de ajuizamento da ação penal diante da inércia do Ministério Público.

8. O INSTITUTO DO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL E/OU SUAS PEÇAS DE INFORMAÇÃO: O ARTIGO ART. 28 DO CPP E O NOVEL INSTITUTO APÓS O VIGOR DA LEI 13964/2019

Quando o Estado tem o conhecimento de que determinado ato criminoso tenha sido praticado, dá-se início a investigações que serviram para angariar elementos que comprovem a existências e circunstancias do delito. Essa fase de investigação tem o nome de inquérito e é comandada pela autoridade policial. Depois de esgotados todos os atos e as diligencias, a autoridade policial deverá encerrar o inquérito.

Imperioso ressaltar que o encerramento do inquérito policial não fica adstrito da necessidade de esgotamento de todas as dúvidas acerca do fato investigado, e, portanto, o delegado de polícia deve encerrá-lo quando todas as diligências cabíveis à apuração do fato já foram realizadas.

Nesta ocasião, o artigo 10, §1°, do CPP[492] determina que autoridade policial faça um minucioso relatório, de cunho estritamente informativo, do apurado na investigação, devendo logo em seguida encaminhá-lo ao juízo competente.

Uma vez em juízo, se a investigação versar sobre crimes de ação penal pública, deverá o magistrado conceder vista imediato ao Ministério Público para que tome a decisão cabível ao caso – oferecimento de denúncia, pedido de arquivamento ou realização de novas diligências.

---

[490] AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 3ª edição. São Paulo: Método, 2011. P249

[491] LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 179.

[492] "Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. § 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente."

Caso o Ministério Público entenda que existe prova da materialidade do crime, bem como indícios suficientes de autora, deve dar início a persecução penal com o oferecimento da denúncia seguindo as formalidades do artigo 41 do CPP.

Se entender que a investigação elucidou de maneira completa os fatos, pode o Ministério Público requerer ao juiz que devolva o inquérito à autoridade policial para a realização de novas diligências, que deverão ocorrer apenas para elucidar circunstancias imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

E por fim, se findo o inquérito, o Ministério Público não encontrar elementos para acusar pode não oferecer denúncia e optar pelo arquivamento do inquérito.

Tema bastante recorrido em discussões doutrinárias, o arquivamento do inquérito policial encontra respaldo no artigo 28 do Código de Processo Penal que em sua antiga redação assim o dizia:

> **Art. 28.** Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Neste entendimento, não cabe ao Ministério Público o arquivamento do inquérito policial, mas tão somente o seu requerimento que poderá, ou não, ser homologado pelo juiz.

Funciona assim, o Ministério Público faz o pedido de arquivamento ao juiz que deverá analisá-lo, caso entenda que não assiste razão ao *parquet* em seu pedido, o juiz não homologará o pedido, devendo remeter o inquérito ou as peças de informação ao Procurador Geral de Justiça para deliberação a respeito.

Caso o Procurador Geral entenda que a razão está com o juiz, poderá oferecer diretamente a denúncia ou designar que um outro promotor a faça mediante delegação, no qual não poderá recusar-se, pois, está agindo em nome do Procurador Geral de Justiça. Caso entenda que assiste razão ao promotor que requereu o arquivamento do inquérito, o Procurador Geral mandará devolver o inquérito ao juiz, insistindo no seu arquivamento, ocasião onde o magistrado estará obrigado a acolher o pedido.

Em regra, não cabe recurso contra a decisão de homologação de arquivamento de inquérito policial pelo juiz a pedido do Ministério Público, havendo apenas duas exceções no caso de inquérito que apurou crime contra a economia popular ou saúde pública e inquérito de apuração de contravenções relacionadas ao jogo do bicho.

No que se diz respeito aos crimes no qual cabe somente ao Procurado Geral de Justiça a legitimidade de oferecimento da denúncia, se este postular pelo arquivamento do inquérito, o entendimento é de que o Tribunal competente deve acolher o pedido, em face da ausência de uma autoridade superior no âmbito do Ministério Público que possa reanalisar o caso.

De maneira geral, na antiga sistemática do arquivamento do inquérito policial, o juiz

praticamente recorre da decisão de arquivamento do Ministério Público, pois, insiste na acusação de uma pessoa que ele mesmo irá, característica típica de um modelo inquisitório não mais compatível com uma Constituição democrática.

Com o advento da promulgação da Lei 13.964/2019 o artigo 28 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

> **Art. 28.** Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.
>
> § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.
>
> § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

O artigo 28 muda radicalmente, vindo ao encontro de algo que há tempos é motivo de discussão doutrinária, o Ministério Público é o único titular da ação penal público, cabendo somente a ele as decisões acerca da acusação.

Com a nova redação, o Ministério Público não mais pede para que o juiz realize o arquivamento do inquérito, ele mesmo o faz, tampouco existe a possibilidade de o juiz não concordar com a decisão e insistir na persecução da ação penal.

A antiga sistemática seguia incontestavelmente uma estrutura inquisitória, já que o juiz insistia para que o investigado fosse processado para ele mesmo o julgar, deixando claro a sua contaminação, manifestando uma clara intenção de condenar.

O novo modelo de arquivamento segue a estrutura acusatória, agora expressamente prevista com a edição do novo artigo 3° do CPP, e finalmente sendo compatível com a constituição democrática.

Agora, se o Ministério Público entender que o caso é de arquivamento do inquérito policial, o promotor deverá encaminhar a decisão para uma instancias superior dentro do próprio Ministério Público, ou seja, o próprio órgão Ministério Público decide sobre o arquivamento, sem a intervenção do juiz.

Uma vez remetido o inquérito policial à instancia superior do Ministério Público, cabe analisá-lo e caso não concorde com a decisão do *parquet*, poderá a chefia oferecer denúncia ou designar outro promotor de justiça para que o faça.

Grande avanço democrático ganha o processo penal brasileiro, pois a nova sistemática é adequada ao sistema acusatório. O juiz somente julga, a defesa somente defende e a acusação somente acusa.

Não cabe ao juiz decidir se o investigado deverá responder um processo criminal no qual este mesmo juiz o julgará, pois se assim o fosse, o magistrado estaria ocupando uma

função que constitucionalmente não o pertence.

O novo artigo 3°-A do CPP institui ainda o chamado juiz das garantias, que deverá ser o responsável por realizar o controle da fase pré-processual investigatória. Contudo, este novo controle se dá apenas para garantir que as garantias constitucionais esteja sedo aplicadas, não cabendo a este decidir sobre valor probatório, bem como se o procedimento deve ser arquivado ou não.

É o Ministério Público dono da ação penal pública. Cabe somente a ele acusar, requerer diligências probatórias, intimar partes e interessados, bem como decidir pelo arquivamento do inquerido policial.

O novo cenário trouxe ainda uma novidade, quando o promotor de justiça entender pelo arquivamento do inquérito, a vítima também deverá ser intimada da decisão e ainda poderá manejar recurso contra a decisão para a instância superior do Ministério Público, no prazo de 30 dias. Anteriormente, o ofendido não tinha direito a voz, caso entendesse que o caso não era de arquivamento.

Desta maneira, a decisão de arquivamento do inquérito policial cabe apenas ao órgão acusado, cabendo apenas ao juiz das garantias a organização do processo, assumindo exclusivamente o seu único papel. O arquivamento deixou de ter participação judicial.

9. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESSE MOMENTO

A Defensoria Pública é considerada instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, sendo considerada pela Constituição Federal como uma das funções essências à justiça, conforme preconiza o artigo 134 da lei maior.

A Lei Complementar Federal n° 80, de 12 de janeiro de 1994, em seu artigo 4° diz que a finalidade da instituição é o amplo acesso à justiça, além de atuar em todos os métodos alternativos de solução de conflitos, com o escopo de solucionar o problema do assistido e não o ajuizamento de ações.

Com o advento da reforma do código de processo penal em 2008, principalmente com a entrada em vigor das leis n° 11.689 e 11.719 e com o advento da Lei Complementar 132/2009 que realizou uma adequação à Lei Complementar 80/94 para prever que compete à Defensoria Pública promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; e, sobretudo, acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; entendemos que o defensor público foi elevado a uma função típica de garantidor do princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que se o acusado não oferecer defesa deverá ser nomeado defensor público para que o faça, assim como também ocorre nos casos em que o acusado for citado por edital ou hora certa e não oferecer defesa, conforme artigo 396-A do CPP.

Desta maneira, o defensor público assume uma função de fiscalizador dos direitos

fundamentais do acusado, seja pela ausência de defesa ou por insuficiência desta.

O professor Luigi Ferrajolli ao discorrer sobre a garantia do defensor público, preconiza que a configuração do processo funciona como uma relação triangular entre três sujeitos: o acusador, o defensor e o juiz, formando a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do magistrado com relação à defesa e à acusação, que possuem objetivos compatíveis em abstrato, mas conflitantes em concreto.

Para o autor, a defesa deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público, pois, apenas deste modo seria eliminada a disparidade institucional que existe entre acusação e defesa, conferindo ao processo um caráter inquisitório.

Dentro do processo penal, a Defensoria Pública possui um importante papel na atuação da defesa, vez que a esmagadora maioria dos processos criminais e de execução criminal são patrocinados pelo órgão, em decorrência da seletividade do sistema penal e da realidade econômica dos brasileiros.

Neste interim, nota-se que a Defensoria Pública é o principal instrumento de concretização do direito fundamental a defesa, e ocupa agora um importante papel na concretização da mudança penal.

Deve a Defensoria Pública, participar ativamente nas inúmeras discussões que virão a surgir sobre a nova estrutura acusatória do processo penal brasileiro, resistindo aos movimentos contra reformista de resistência inquisitória e não deixando que a mudança fique apenas na legislação, a exemplo do que fizeram o artigo 212 do CPP.

A publicidade dos atos processuais, a ampla defesa, o contraditório, a paridade de armas, o direito de a defesa falar após a acusação, o devido processo legal, a igualdade entre partes, e, principalmente, a garantia de um juiz imparcial, que não acusa e ao mesmo tempo julga, só é possível se garantido o modelo acusatório.

Como dito alhures, a Defensoria Pública é o principal órgão responsável pela efetivação da ampla defesa, contraditório e da paridade de armas, devendo lutar para que estas garantias não sejam violadas.

O cenário é demasiado preocupante, pois que foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que atacam a lei 13.964/2019, e o presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, concedeu uma liminar, aumentando o tempo de sua *vacatio legis*, suspendendo pelo prazo de 180 dias a figura do juiz das garantias. A decisão mostrava-se razoável, já que dava um maior tempo para a organização dos estados.

O cenário se torna critico a partir da recente decisão do Ministro Luiz Fux[493], na qual, sob a qualidade de presidente do supremo em regime de plantão, caçou liminarmente a decisão anteriormente dada pelo ministro Dias Toffoli e com isso, suspendeu por tempo indeterminado, além do juízo das garantias, diversos outros dispositivos de extrema importância da lei.

---

493 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.298 – Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília-DF. 22 de janeiro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf. Acesso em 24 de jan 2020.

Os artigos, 3°-A, 3°-B, 3°-C, 3°-D, 3°-E, 3°-F, 157,§5°; 28; 310, §4°, dentre outros que instituíam o sistema acusatório do processo penal, introduziam a figura do juiz das garantias, bem como disciplinavam o seu funcionamento, colocava o arquivamento do inquérito policial nas mãos apenas da acusação, determinava a soltura do preso se não realizada audiência de custódia em 24 horas, além de outras garantias a tempos batalhadas simplesmente estão suspensas sob argumentos frágeis.

A situação se torna ainda mais preocupante quando visualizamos que os artigos inquisitoriais da lei não foram suspensos, como o aumento de pena, acordo de não persecução penal, regras mais duras para a progressão de regime, novos crimes hediondos, dentre outros, que ferem drasticamente o sistema acusatório estampado na Constituição Federal.

A suspensão de dispositivos tão fundamentais a um processo democrático gera uma estrondosa insegurança jurídica do processo legislativo brasileiro, uma vez que foram objeto uma lei formada dentro de todos os ditames processuais legislativos e sancionada pelo presidente da república.

O atual cenário complica a situação da defesa, uma vez que entram em vigor diversas normas que endurecem o processo para o acusado e suprime outras que garantias historicamente combatidas, tornando o processo penal brasileiro cada vez mais inquisitório.

Sabemos que a Defensoria Pública sempre esteve em desvantagem em relação a Associações de Magistrados e do Ministério Público, pois, não possui no mesmo nível os artifícios para propor as Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Contudo, A defensoria não pode recuar neste momento, deve lutar, buscando a constitucionalidade dos dispositivos para que seja estabelecido o sistema acusatório, afastando essa onda retrógada inquisitorial.

A instituição Defensoria Pública tem o dever de zelar pelas garantias constitucionais do acusado dentro do processo penal, e assim também deve zelar pelo modelo acusatório, não se aceitando mais, que em pleno século XXI ainda subsistam elementos autoritários e inquisitórios de um modelo fascista caído, dentro de um sistema processual penal de um país constitucionalmente democrático.

10. CONCLUSÃO

A reforma processual penal trazida pela Lei 13.964/2019 não altera o código todo, mas tão somente alguns dispositivos. O grande problema das reformas parciais é exatamente a incompatibilidades entre os dispositivos dentro do mesmo diploma legal, além disso, as pequenas reformas correm o risco de ficarem apenas no papel.

No âmbito da estrutura processual, a nova redação do artigo 3° A e do artigo 28 ambos no CPP, são de extrema importância para garantir um processo penal democrático com garantias constitucionais.

O processo penal brasileiro sempre fora inquisitório, não apenas na fase pré-processual que sempre estampou claramente a exclusão da ampla defesa e do contraditório, mas também na fase processual, onde o juiz sempre deteve todo o protagonismo no processo, a exemplo o artigo 209 que permite ao magistrado a oitiva de testemunhas diferentes

daquelas arroladas pelas partes, sem falar ainda do escandaloso artigo 156 do mesmo diploma legal, que permite que ao juiz proferir sentença condenatória mesmo que a acusação pugne pela absolvição, bem como reconhecer agravantes que não foram alegadas.

Pensamos que os citados artigos, assim como outros diversos do código de processo penal estão tacitamente revogados, após esta reforma, já que não pode o magistrado agir fora do seu limite de julgar, não podendo requerer provas, substituir-se ao lugar das partes, ouvir testemunhas não arroladas e nem mesmo requerer ir de encontro a decisão do Ministério Público de arquivamento do inquérito policial, dado que somente detém o poder acusatório.

O juiz sempre foi o dono do processo, uma marca indiscutivelmente inquisitória. Com o advento do novo artigo 28, aliado ao novo artigo 3° A do CPP, busca-se romper esta estrutura inquisitória totalmente incompatível com um regime democrático de direito. Cada sujeito no processo deve obedecer ao seu lugar constitucionalmente demarcado, a defesa defende, o Ministério Público acusa e o magistrado apenas julga, sem que haja espaços para um juiz inquisidor, investigador, que produza provas de ofício e decrete prisões de ofício ao seu bel prazer.

Para que esta nova estrutura acusatória se efetive é necessário que os pensamentos e ideias de juízes e ministros, também mude, vez que em última análise serão os que garantirão o modelo.

Caso isto não ocorra, a reforma ficará apenas na letra da lei, a exemplo do que ocorreu com a reforma do artigo 212 em 2008. A nova redação do dispositivo veio com o escopo de implementar a ideia de exame cruzado da prova, característica acusatória, determinando que cabe as partes formular perguntas diretamente às testemunhas e colocando o magistrado em uma situação totalmente secundária. Contudo, a mudança ficou apenas no papel, pois, a interpretação dos tribunais superiores permitiu e permite até os dias de hoje que os juízes continuassem a fazer perguntas as testemunhas, uma vez que não haveria qualquer prejuízo.

Apesar da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote Anticrime, possuir diversos outros dispositivos que ferem drasticamente as garantias constitucionais dentro do processo penal, no atinente ao arquivamento do inquérito policial e a instituição expressa da estrutura acusatória, o Brasil deu um grande salto em relação a um processo penal democrático, uma vez que era um dos poucos países que ainda adotava um sistema ditatorial inquisitório.

Nesse diapasão, pensamos que a nova sistemática do processo penal brasileiro sofrerá diversos ataques, a exemplo da suspensão dessas garantias pelo supremo, uma vez que ainda existem grandes movimentos contra reformistas de resistência inquisitória, devendo os órgãos do Ministério Público, bem como a Defensoria Pública, exercerem um papel ativo na introdução desta norma, no sentido de fazerem os tribunais compreenderem e darem ao processo penal brasileiro o seu caráter democraticamente acusatório.

11. REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario, 2015. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

AVENA, Noberto. Processo penal. 11ª edição. São Paulo: Editora Metodo, 2019.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 3ª edição. São Paulo: Metodo, 2011

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

______. Principio del derecho penal mínimo (para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ª ed., 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BIANCHINI, Alice. Os grandes movimentos de política criminal na atualidade: movimento lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo. Especialização em Ciências Penais – UNISUL/LFG. 2012.

BIDART, Adolfo Gelsi. Proceso Penal: aproximacion a los fundamentos. Monte Vero: FCU, 1996.

BINDER, Alberto M. Introdução ao direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral 1. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Direitos, fundamentais para quem? Mídia, direito penal e criminalização da pobreza. Revista dos Tribunais, v. 893, p. 385-406, mar. 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Casa Civil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 02 jan. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Lei n° 13.964, de 22 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 02 jan.2020.

BRASIL. Casa Civil. Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 02 jan. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 02 jan. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

CALHAU, Lelio Braga. Resumo da Criminologia. 8. ed. São Paulo: Impetus, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Edicamp, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Libertação. Pensamento criminológico, 10. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHRISTIE, Nils. La industria del control del delito. ¿A la nueva forma del holocausto? Prólogo de Eugénio Raul Zaffaroni. Editores Del Puerto S. R. L. 1ª Ed. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Processo penal: doutrina e prática. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILDE, Ralph. Direitos Humanos: referências essenciais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ELBERT, Carlos Alberto. Novo Manual Básico de Criminologia. Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime" [livro eletrônico] Organizadores Lucas P.

Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Disponível em https://issuu.com/tirantloblanch/docs/e754e2ea4b58ba8db5942c0602629bcc. Acesso em 13 jan.2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. La desigualdad ante la justicia penal y la garantia de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. La Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Luciana de Figueiredo; PRADO, Rodrigo Murad do. O papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro, 2009. O papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133603. Acesso em: 13 jan. 2020.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIANNELLA, Berenice Maria. Assistência Jurídica no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

GIORGI, Alessandro de. A miséria Governada através do sistema penal; editora Revan. 2006.

GOLDENBERG, Mirian. A arte de pesquisar. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice, O direito penal na era da globalização, São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOFFMAN, Erving. Estigma – notas sobre a Manipulação da identidade Deteriorada. Rio de Janeiro, 4ª edição 1982.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Luis. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba- relógico". Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 17, n. 78, p. 7-20, maio/jun. 2009.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio – Uma visão minimalista do Direito Penal.

Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro. Revista Ciências Penais, v. 1, p. 211-234, dez. 2009.

HERBELLA, Fernanda. Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas. São Paulo: Lex Editora, 2008.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HOBSBAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas/ Gunther Jackobs, Manuel Cancio Meliá; Organização Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. rev. e atua. segundo a Lei 9.099/95. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

JORIO, Israel Domingos. Latrocínio e a desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JUNKES, Sérgio Luiz. Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social. Curitiba: Editora Juruá. 2008.

LACLAU, Ernesto. La razón populista. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. Acesso à justiça penal no estado democrático de direito. Curitiba: Editora Juruá. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

________________. Sistema de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2001.

LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade

do Direito Penal. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Princípios Penais Constitucionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 84, p. 223-253, set. 2013.

MOREIRA NETO, Diego Figueiredo. A Defensoria Pública em Construção do Estado de Justiça. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, v. 6, n. 7, p. 15-41, jul. 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger Y El Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Processo Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACCELI, Eugênio. Curso de processo penal. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Geraldo Luiz M. Sistema acusatório processual penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Rodrigo Murad do. A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2010.

PRADO, Rodrigo Murad do. A vulnerabilidade do indivíduo frente ao sistema social vigente como circunstância atenuante da pena. Revista Jus, maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38805/a-vulnerabilidade-do-individuo-frente-ao-sistema-social-vigente-como-circunstancia-atenuante-da-pena>. Acesso em: 02 jan. 2020.

PRADO, Rodrigo Murad do. O excess charge ou charging effect no direito penal. https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/679496863/o-excess-charge-ou-charging-effect-no-direito-penal. Acesso em 13 jan. 2020.

PRADO, Rodrigo Murad do; FERREIRA, Luciana de Figueiredo. O papel da Defensoria Pública no processo penal brasileiro. Migalhas, 25 ago. 2009. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI91426,11049-O+papel+da+Defensoria+Publica+no+processo+penal+brasileiro>. Acesso em: 02 jan. 2020.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Manual do Defensor Público. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROBERTO, Welton. Paridade de Armas no Processo Penal. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini Rudolfo. Defensoria Pública Garantir o seu direito é nosso maior feito. Revista Justiça & Cidadania, v. 220, n.1, p.58-59, dez. 2018.

SANTOS, Izequias Estevam dos. Manual de Métodos e Técnicas de Pesquisa Científica. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Niterói, 2011.

SCHÄFER, Jairo. Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ou sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. Direito fundamental à defesa criminal: um olhar sobre a defensoria pública enquanto instrumento de acesso à justiça penal. 2010. 237f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

TEDESCO, Ignacio F. Algunas consideraciones sobre el derecho de defensa y el abogado defensor. Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, v. 1, n. 4, p. 146-155., mai. 2008. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=70238. Acesso em: 02 jan. 2020.

TEDESCO, Ignacio F. El arte y la literatura en el positivsmo criminológico. In: ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 611-625.

TEDESCO, Ignacio F. El concepto de sentencia definitiva en la jurisprudencia de la Cámara de Casación y de la Corte Suprema. Nueva doctrina penal, Buenos Aires, B, p. 777-797., 1997. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=23180. Acesso em: 02 jan. 2020.

______. El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor: su lucha por la conquista del proceso penal. Nueva doctrina penal, Buenos Aires, A, p. 207-229., 1999. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=23258. Acesso em: 10 jan. 2020.

______. El privilegio contra la autoincriminación: un estudio comparativo. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 259-283., 1997. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19194. Acesso em: 10 jan. 2020.

______. Hacia un enjuiciamiento penal civilizado. Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 95-130., jul./dez. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=89140. Acesso em: 10 jan. 2020.

______. La libertad de la declaración del imputado: una análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9582. Acesso em: 10 jan. 2020.

______. Las confesiones policiales y la Cámara Nacional de Casación Penal. Nueva doctrina penal, Buenos Aires, A, p. 315-332., 1997. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=23147. Acesso em: 10 jan. 2020.

VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de armas no processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

YACOBUCCI, Guillermo. El sentido de los princípios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentacion penal. Editorial Abaco de Rodolfo Del Palma. Ciudad de Buenos

Aires. 2002.

YAGADE, A; DOZIER, D. 1990. The media agenda-setting effect of concrete versus abstract issues. *Journalism Quartely*, 2(2):3-11. Disponível em http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/viewFile/483/79.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

______. Que hacer com la pena?. [online] Disponível na Internet via http://www.4shared.com/document/QvsNfM4G/Zaffaro- ni_Eugenio_Ral_-_Qu_Hac.htm. Arquivo capturado em 15 de maio de 2010.

______; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2000.

______. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição.

ZAFFARONI apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima. Livraria do Advogado Editora, 2003, Porto Alegre. Pág. 39.

ZAFFARONI. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/06/1303448-alberto-zacharias-toron-um-novo-rotulo.shtml, acesso em 10 jan. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. 1. Ed. 6. Reimp. Buenos Aires. Ediar, 2013, p. 137.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crimiminologia-Aproximación desde un margen, vol. I, Bogotá, Ed. Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CAPÍTULO XI

ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO

FÁBIO RIBEIRO SOARES DA SILVA

Professor da EASJUR-DPDF. Defensor Público do Distrito Federal.

CAPÍTULO XI – ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO

UMA NECESSÁRIA VISÃO DEFENSIVA A RESPEITO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

I. INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime, trouxe como uma das novidades o acordo de não persecução penal. Em verdade, não é propriamente uma inovação, uma vez que a referida medida despenalizadora já vinha sendo utilizada por parte dos órgãos acusatórios brasileiros com fundamento na Resolução 181/2017 do CNMP, que foi posteriormente alterada pela Resolução 183/2018 do CNMP.

O presente artigo não concetrará esforços na discussão da constitucionalidade das citadas resoluções. Apesar da esforçada e renomada doutrina de nomes como Francisco Dirceu de Barros e Jefson Romaniuc[494] e de Antônio Suxberger[495] , as resoluções sofriam de incontestável inconstitucionalidade[496] , afinal, tínhamos um ato administrativo emanado de um órgão colegiado sem qualquer representatividade popular, inovando sobre direito processual penal e direito penal.

Com o advento da Lei 13.964/2019, o legislador ordinário perdeu grande oportunidade de melhorar o instituto do acordo de não persecução penal, limitando-se a repetir conforme fora burilado no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, com poucas diferenças.

Insistiu-se na exigência de confissão formal e circunstanciada como condição para a celebração do acordo e manteve clausula aberta para que o membro do Ministério Público deixe de ofertar o acordo ao autor do fato, confiando na conveniência e oportunidade do órgão acusatório. Perdeu a oportunidade ainda de prever expressamente a aplicabilidade do acordo para crimes militares, bem como aos fatos cujos processos ainda não alcançaram o trânsito em julgado.

Ao longo do presente artigo, teceremos algumas ponderações a respeito dos pontos elencado acima, sugerindo singelamente interpretações que tornem o instituto do acordo de não persecução penal inteiramente compatível com a Constituição Federal.

---

[494] BARROS, Fancisco Dirceu e ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução em Acordo de Não Persecução Penal / organizadores: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu;, SOUZA, Renee do Ó, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

[495] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O Acordo de Não Persecução Penal: Reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional em Acordo de Não Persecução Penal / organizadores: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu;, SOUZA, Renée do Ó, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

[496] Os autores que defendiam a constitucionalidade das Resoluções 181 e 183 do CNMP apontavam o poder normativo do referido órgão, conferido pela Constituição Federal em seu artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I. Afirmavam ainda que os atos normativos eram primários, abstratos e autônomos, aptos, portanto, a criarem direitos e obrigações, inclusive na esfera penal.

II. NATUREZA DA NORMA DO ART. 28-A DO CPP

Toda e qualquer interpretação a respeito do acordo de não persecução penal deve partir da análise da natureza da norma. Trata-se de norma puramente processual, puramente material ou híbrida?

Por certo, não há como desconsiderar o caráter misto ou híbrido da norma. Trata-se de norma processual, na medida em que constitui mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ao mesmo tempo, a natureza material da norma é patente. De forma inegável o instituto do acordo de não persecução penal tem impacto direto no *status libertatis* do autor do fato, na medida em que impede oferecimento de denúncia e elimina as chances de virtual condenação.

III. PONTOS POLÊMICOS

Como todo novo diploma legal, a Lei 13.964/2019 será sucedida por intenso debate doutrinário em um primeiro momento e jurisprudencial em momento posterior. Vários temas abordados pela referida lei terão que ser melhor compreendidos na prática forense.

III.A. DA CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA COMO CONDIÇÃO PARA O ACORDO

O primeiro tema a ser melhor enfrentado, especialmente pelos Tribunais, é a disposição do *caput* novo artigo 28-A do CPP. Nele se constata que o legislador, repetindo as resoluções do CNMP, manteve a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal por parte do investigado como condição inafastável para a celebração do acordo..

De plano, já é possível verificar a inconsistência da expressão "tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática delitiva". Quanto à formalidade não resta dúvida, será preciso que a confissão seja documentada por escrito e por meio audiovisual conforme requerido pela lei. No entanto, a expressão "circunstancialmente" possui fluidez que não se coaduna com a necessária taxatividade das normas materialmente penais.

Confessar nada mais é do que admitir a prática de uma infração penal. Assim, se em um furto qualificado pelo arrombamento e pelo concurso de agentes, o acusado confessa que subtraiu a *res furtiva* mediante arrombamento, mas nega que esteve acompanhado na empreitada, não se pode desnaturar a confissão, ainda que parcial, seja para o reconhecimento da atenuante do artigo 65, inciso III, alínea 'd' do Código Penal, seja para fins de acordo de não persecução penal.

Há forte movimento doutrinário contrário aos efeitos atenuantes da confissão espontânea, argumentando-se que a diminuição da pena somente deveria ocorrer quando a confissão seja fundamental para o deslinde da autoria. Trata-se de interpretação restritiva e prejudicial ao réu que já era combatida por Alberto Silva Franco[497] que lecionava que *"não é mister que a confissão se refira às hipóteses de autoria ignorada do crime, ou de autoria imputada a outrem. Desde que o agente admita o seu envolvimento na infração penal, incide a*

---

[497] FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte Geral, v.1. t.1, p. 1049.*

atenuante para efeitos de minorar a sanção punitiva".

O mesmo, contudo, não se pode afirmar da confissão qualificada. Sabe-se que nesta modalidade de confissão, o acusado admite a prática delitiva, no entanto, afirma ter agido sob o manto de alguma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Concordamos com Cléber Masson[498] ao afirmar que a confissão qualificada não tem o condão de gerar os efeitos atenuantes. Da mesma forma entende o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a confissão qualificada é exercício de autodefesa e não contribuição para a descoberta da autoria[499].

Além da negative e exagerada fluidez do dispositivo em análise, a exigência de confissão formal e circunstanciada é flagrantemente inconstitucional.

A prova advinda da confissão nos moldes do artigo 28-A é ilícita já em seu nascedouro, na medida em que há flagrante vício do consentimento do autor do fato. Há ofensas ao princípio da proporcionalidade e ao direito de não produzir prova conta si mesmo.

Por certo, na esfera cível, qualquer manifestação de vontade que sirva como condição para a obtenção de vantajoso benefício seria tido como vício do consentimento. Um bom exemplo disso é a venda casada. Com muito mais razão o raciocínio deve ser elaborado na esfera penal.

Não há como se confessar de forma livre e desembaraçada sob a pressão de ser a fala condição para a celebração do acordo de não persecução penal. Chega-se ao contrassenso de admitir que aquele que o aparato estatal acertadamente indicia como autor de crime possa se beneficiar do acordo, desde que confesse, mas não aquele, que de forma equivocada, é apontado como autor de crime, mas não está disposto a enfrentar o desgastante e constrangedor processo penal. Se este ultimo quiser evitar o denominado *streptus judicii,* deverá confessar algo que não praticou, o que seria inaceitável.

A confissão viciada implica em ofensa ao inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal[500], que consagra o direito ao silêncio, corolário do direito à não autoincriminação. Na sistemática proposta, o autor do fato produz prova contra si mesmo para que, de forma contraditória, seja "beneficiado" pelo acordo de não persecução.

A citada confissão viciada do acordo de não persecução penal constitui prova ilícita em seu nascedouro, ofendendo assim o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal[501]. Fixada esta premissa, deve ser tida como inconstitucional seu *status* de condição para o acordo de não persecução penal, bem como sua utilização posterior para qualquer finalidade.

Nunca é demais lembrar que outras medidas despenalizadoras existentes há mais de duas décadas no Brasil não exigem a confissão para a implementação. A transação penal, prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995, medida muito semelhante ao acordo de não

---

[498] MASSON, Cléber. *Direito Penal Parte Geral – vol. 1.* 13ª ed; São Paulo: Método,2019

[499] HC 119.671/SP, rela. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 05.11.2013.

[500] "LXII – *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".*

[501] *"LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".*

persecução penal, não condiciona a sua concretização à confissão. Nem mesmo a outra medida despenalizadora prevista no artigo 89 da Lei 9.099/1995, a suspensão condicional do processo, exige a confissão. Neste caso, há uma particularidade: suspende-se uma ação penal já em curso, mitigando-se o princípio da indisponibilidade da ação penal, sem que o acusado tenha que confessar a prática delitiva.

Constata-se assim, grave ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que para suspender a ação penal não se exige a confissão, mesmo já posta a persecução penal em juízo e, quando ainda em fase inquisitorial, torna-se condição inafastável.

O advento de medida despenalizadora mais abrangente como política criminal, portanto, não pode ser temperada ou sopesada com supressão de direitos fundamentais e com ofensa a princípios constitucionais. É preciso, portanto, conferir interpretação consentânea com a Carta de 1988, considerando-se inconstitucional a exigência de confissão para a celebração do acordo de não persecução penal.

III.B. DA CLÁUSULA ABERTA PREVISTA NO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No *caput* do artigo 28-A do CPP temos as condições para a celebração do acordo de não persecução penal. Uma delas se destaca pela fluidez e indeterminação de seus termos. Aduziu o legislador que o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado *"desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime"*.

Tal disposição, como dito, é dotada de indeterminação, o que dificulta o controle de sua aplicação na prática. Confiou o legislador na atuação do órgão acusatório. Apesar de seus membros serem dotados de indiscutível capacidade técnica, não é possível colocar sob o crivo do órgão acusatório oferecer ou não o acordo de não persecução penal. A lei traz verdadeira "válvula de escape" para o acusador.

Não é menos verdade que a Constituição Federal em seu artigo 129, parágrafo 4º, combinado com o artigo 93, inciso XI, impõe ao membro do Ministério Público o dever de fundamentar suas manifestações. Nesse sentido, não poderá simplesmente repetir o artigo 28-A do CPP, mas terá que efetivamente esclarecer as razões pelas quais deixa de oferecer o acordo de não persecução penal.

Saliente-se, por fim, que não há inconstitucionalidade na existência do que ora denominamos de cláusula aberta, já existente em outros institutos[502]. Há necessidade de ponderação quanto à imperiosa fundamentação *in concreto* do Ministério Público para deixar de celebrar o acordo de não persecução penal.

III.C. DA APLICABILIDADE AOS CRIMES MILITARES

As revogadas resoluções 181/2017 e 183/2017 do CNMP previam que o acordo de

---

[502] É o caso da suspensão condicional do processo previsto na Lei 9.099/1995 (artigo 89) que remete ao artigo 77 do Código Penal, que versa sobre o a suspensão condicional da pena. No referido artigo o legislador estabeleceu como requisito para obtenção do "benefício": "II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício".

não persecução penal não se aplicavam aos crimes militares que afetam a hierarquia e a disciplina[503]. Assim, entendia-se que nos crimes militares que não afetassem hierarquia e disciplina seria possível.

Diante do silêncio do legislador é possível concluirmos que o acordo de não persecução penal é plenamente aplicável aos crimes militares. Isso porque a análise da linha do tempo e da sucessão dos atos normativos nos fazem indicar tal solução. Soma-se a isso o fato de que a Lei 13.964/2019 incluiu dispositivos no Código de Processo Penal Militar[504], e nada tratou a respeito do acordo de não persecução penal, em verdadeiro silêncio eloquente.

III.D. DA APLICABILIDADE DO ACORDO AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO

No item II já tivemos a oportunidade de indicar a natureza do artigo 28-A, afirmando tratar-se de norma de natureza híbrida, isto é, processual e material. Em razão de ser também material, não há como deixar de reconhecê-la como *novatio legis in mellius*, uma vez que o autor do fato, cuja infração tenha a pena mínima cominada inferior a quatro anos e não fazia jus a transação penal, está agora em posição mais vantajosa, considerando que o acordo de não persecução penal evita o oferecimento de denúncia.

Em atenção ao comando constitucional do inciso XL do artigo 5º, a lei materialmente penal retroagirá se for para beneficiar o réu. É exatamente o caso do acordo de não persecução penal. O artigo 28-A do CPP é norma materialmente penal mais benéfica para o réu e, portanto, deverá retroagir para atingir todos os processos que ainda não transitaram em julgado.

No tocante aos processos com trânsito em julgado, doutrina e jurisprudência são unânimes ao afirmarem que a lei mais benéfica também deverá alcançá-los.

Assim, em relação aos processos com trânsito em julgado outra não poderá ser a solução que não a aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP. De acordo com o Enunciado 611 do Supremo Tribunal Federal[505] caberá ao juízo da execução a missão de aplicar o dispositivo.

Por certo, no caso de prévio trânsito em julgado a solução prática será mais difícil, porém inevitável. O juízo da execução deverá avaliar se o sentenciado já cumpriu pena restritiva de direito em tempo suficiente para abarcar o que seria previsto no acordo de não persecução penal. Em caso positivo, extingue-se a punibilidade de plano, desconstituindo-se a condenação anterior para todos os efeitos. Por outro lado, se o tempo de cumprimento das penas restritivas de direito ainda não alcançou o que disporia o acordo de não persecução penal, um acordo deve ser prontamente entabulado com o restante a cumprir, desconstituindo-se, igualmente, para todos os efeitos a condenação anterior.

---

[503] Resolução 181/2017 CNMP, alterada pela Resolução 183/2017 CNMP. Artigo 18 (...). Parágrafo 12 – "As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina"

[504] "Artigo 18 – O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar) passa a vigorar acrescido do artigo 16-A"

[505] Súmula 611 do STF *"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna"*.

IV. CONCLUSÃO

Como visto, o caminho inicial da vigência da Lei 13.964/2019 será tortuoso. Há que se dar a devida interpretação ao texto, declarando-se a inconstitucionalidade da exigência da confissão formal e circunstanciada como condição para o acordo de não persecução penal. Da mesma forma, o advento da nova legislação não poderá diminuir ou atingir direito fundamental ou princípio constitucional.

O presente artigo pretendeu dar maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, bem como aos princípios constitucionais, apontando caminhos interpretativos para tanto, sem afastar da perspectiva da defesa.

V. REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches (org); BARROS, Francisco Dirceu (org); SOUZA, Renée do Ó (org.); CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Acordo de Não Persecução Penal – Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime- Lei 13.964/2019, comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte Geral, v.1. t.1*, São Paulo: Ed. RT, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 11ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Comentada*. 5ª ed. – Salvador: Juspodivm, 2017.

MASSON, Cléber. *Direito Penal Parte Geral – vol. 1*. 13ª ed; São Paulo: Método,2019

CAPÍTULO XII

PROCESSO PENAL E IMIGRANTES

DANIEL CHIARETTI

Mestre e Doutorando em Ética e Filosofia Política pela USP. Juiz Federal substituto (TRF da 3ª Região).

CAPÍTULO XII – PROCESSO PENAL E IMIGRANTES

PROCESSO PENAL E MIGRAÇÕES

I. INTRODUÇÃO

A prática de um crime por uma pessoa de origem estrangeira pode levar a consequências muito específicas com relação à tramitação do processo, à cominação de penas e às consequências deste delito para a permanência desta pessoa em território nacional. É um equívoco, contudo, acreditar que a mera condição de estrangeiro permite uma solução única para todos esses temas.

De acordo com dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, das 602 mil pessoas cadastradas no sistema, foram identificadas a partir da qualificação processual 1774 pessoas de origem estrangeira privadas da liberdade. As nacionalidades com maior representatividade no sistema prisional foram bolivianos (286), paraguaios (280), nigerianos (155), colombianos (152) e peruanos (152). A maioria dessas pessoas está presa no estado de São Paulo (1.061).[506]

Estes números, apesar de deixarem de lado aquelas pessoas que estão sofrendo um processo criminal, mas não estão privadas de liberdade, ou que receberam algum tipo de pena alternativa, servem como um indicativo acerca do quantitativo de pessoas nesta situação. Se de um lado trata-se de um contingente muito baixo do ponto de vista comparativo, por outro não é inexpressivo, merecendo um cuidado especial.

O objetivo deste artigo será analisar alguns dos impactos da aplicação da legislação penal e processual penal em pessoas de origem estrangeira. Esta análise levará em conta não apenas a distinção óbvia entra nacionais e estrangeiros, mas também outras situações que podem levar a soluções distintas, como a origem da pessoa, gravidade do delito, integração junto à comunidade nacional etc. Será particularmente importante para esta análise o Direito Internacional dos Refugiados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos[507] e a Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração).

Inicialmente será apresentado um panorama geral do tema, incluindo uma análise de algumas inovações da Lei de Migração pertinentes para o assunto.[508] O passo seguinte

---

[506] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019.

[507] Conforme a sistematização apresentada por André de Carvalho Ramos, a proteção do ser humano no plano internacional recai em três subrramos específicos do Direito Internacional Público: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, relacionado à proteção do ser humano nos aspectos civis, políticos e sociais; o Direito Internacional Humanitário, que protege o ser humano na situação específica dos conflitos armados; e o Direito Internacional dos Refugiados, que rege a situação particular dos refugiados. Trata-se, contudo, de uma divisão não estanque. CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 197.

[508] Para uma abordagem de outras inovações relacionadas à Lei de Migração com impacto para o sistema de justiça, cf. CHIARETTI, Daniel. Impactos da nova Lei de Migração na atividade jurisdicional. *Revista da Escola da Magistratura do Trf da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 10, n. 4, p.289-331, nov. 2018.

será examinar as peculiaridades de cada fase do processo penal com relação aos imigrantes. Por fim, quais as consequências de uma condenação penal para a retirada compulsória do território nacional.

II. CONVERGÊNCIAS ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO MIGRATÓRIO

A distinção entre o Direito Penal e o Direito Migratório parece ser intuitiva. Enquanto o primeiro pode ser definido de forma simples como o "corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação"[509], o segundo regula o ingresso, permanência e retirada de estrangeiros em território nacional.

Mesmo diante desta clara diferença conceitual, estes dois ramos do direito com frequência de relacionam, em especial no contexto do Direito Processual Penal. É importante, contudo, avaliar uma relação muito específica que tem se desenhado nas últimas décadas, a qual tem levado a uma progressiva mitigação das diferenças entre estes dois ramos.

Segundo Juliet Stumpf, esta mitigação das diferenças entre os dois ramos, a qual atinge tanto aspectos substantivos quanto procedimentais, relaciona-se com a criminalização do direito migratório, fenômeno batizado de "crimigração".[510] De acordo com Ana Luisa Zago de Moraes, pode-se encarar a expressão a partir de dois sentidos:

(a) O primeiro, a própria *ampla relação entre política criminal e migratória*: (i) o direito migratório a serviço do criminal, por exemplo a transferência para o âmbito do direito administrativo de sanções antes restritas ao direito penal; a competência da polícia para admitir o ingresso, permanência e naturalização de indivíduos, bem como para receber solicitações de refúgio; a expulsão para indivíduos que cometem crimes; (ii) o Direito Penal como reforço do controle de fronteiras, como por exemplo a criminalização dos fluxos migratórios; (b) o segundo, em um sentido negativo e mais específico, que justamente a *criminalização das migrações*, em destaque na Europa e nos Estados Unidos.[511]

Juliet Stumpf, escrevendo a partir do contexto dos Estados Unidos, mostra como a partir de um cenário em que a distinção entre Direito Penal e Direito Migratório era clara, vai havendo uma progressiva confusão entre os dois ramos, cuja consequência é a crimigração definida acima. Se entre o final do século XIX e o começo do século XX as infrações relacionadas ao Direito Migratório eram basicamente civis e as retiradas compulsórias ocorriam apenas em casos graves e específicos. Contudo, nas últimas décadas do século XX, operou-se um aumento da importância do Direito Penal na retirada de imigrantes, ampliando-se as hipóteses para além de crimes graves. Ademais, as próprias infrações migratórias passaram a ter um caráter criminal. E, além disso, passou-se a enfatizar a

---

Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/bnu_18_lei_migracao_daniel_chiaretti.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020.

[509] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 5.

[510] STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, crime & sovereign power. *The American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p.367-419, 13 dez. 2006.

[511] MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: Ibccrim, 2016. p. 33.

detenção e deportação daqueles que potencialmente possam gerar algum tipo de risco à segurança nacional, recorte que em muitos casos está fundado em questões raciais ou de classe.[512]

No Brasil é possível identificar uma progressiva utilização de instrumentos penais no campo migratório. Entre o final do séc. XIX e o começo do séc. XX o Brasil – e a América do Sul como um todo – viu um aumento expressivo da imigração graças a uma política de estímulos. Não se tratava, contudo, de um projeto humanitário, mas sim utilitarista e excludente, voltado a povoar o continente com homens brancos europeus, processo que levou inclusive à erradicação de populações indígenas locais.[513] Todavia, a partir das primeiras décadas do séc. XX, a legislação migratória foi criando filtros migratórios e aumentando as hipóteses de retirada compulsória de estrangeiros, em regra com ênfase em grupos sociais considerados "subversivos", ou seja, que de alguma forma ameaçavam a ordem estabelecida (*v.g.* anarquistas, socialistas, pessoas que não se enquadravam em certos critérios raciais, opositores de regimes ditatoriais etc.). O cenário restritivo se aprofunda durante a Era Vargas e na Ditadura Militar, passando a sofrer um maior influxo dos direitos humanos a partir da redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda que sobrevivam resquícios autoritários neste momento posterior, em especial durante a permanência do Estatuto do Estrangeiro até 2017.[514]

Todavia, mesmo diante deste cenário, Ana Luisa Zago de Moraes afirma que a criminalização das migrações não é uma tendência, apesar de ocorrer por vias reflexas. A via mais evidente relaciona-se com a "guerra às drogas", já que na atualidade a maioria dos imigrantes são presos em razão do tráfico internacional de entorpecentes,[515] sendo este o fundamento para posterior imposição de sanções migratórias como a expulsão.[516] No caso das mulheres, o percentual de envolvimento com tráfico internacional de drogas, especialmente em posições mais subalternas da cadeia criminosa, é ainda mais expressivo.[517]

---

[512] STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis. *Op. Cit.* pp. 382 e ss.

[513] ACOSTA, Diego. *The national versus the foreigner in South America: 200 years of migration and citizenship law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 55.

[514] MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração. Op. Cit.* pp. 51-188. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil. Op. Cit.* pp. 105-203. Para uma análise deste panorama na América do Sul: ACOSTA, Diego. *The national versus the foreigner in South America. Op. Cit.*

[515] MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração. Op. Cit.* p. 237. No caso de mulheres o quantitativo de presas em razão de tráfico internacional de drogas é ainda maior.

[516] Segundo o Ministério da Justiça, no ano de 2017 foram expulsos 375 estrangeiros, sendo que o crime mais praticado foi o de tráfico internacional de drogas. CONJUR. *Brasil expulsou 375 estrangeiros em 2017 por crimes em território nacional.* 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/brasil-expulsou-375-estrangeiros-2017-crimes-pais>. Acesso em: 8 jan. 2020.

[517] "Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico." (BRASÍLIA. DEPEN. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Mulheres.* Brasília: Depen, 2014. p. 5). Para uma análise crítica do tema, cf. RIVITTI, Nara de Souza. *Criminalización de mujeres extranjeras en Brasil.* 2014. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014.

Analisando as reformas penais ocorridas no Brasil a partir da Ditadura Militar, Arthur de Brito Gueiros reforça esta narrativa no sentido da relação entre a "guerra às drogas" e a criminalização de estrangeiros:

A Lei nº 6.368/76, revogando o art. 281, do Código Penal trouxe a estratégia de combate defendida pelas agências internacionais e pelo Governo dos Estados Unidos, com as tipificações das figuras de *traficante* e *usuário* de entorpecentes, cominando-lhes dura pena de prisão, sendo certo que, baldados os quase trinta anos de sua edição, o modelo punitivo da Lei nº 6.368/76, mantém-se, em linhas gerais, incólume. O resultado, potencializado, anos depois, com a Lei nº 8.072/90 foi o encarceramento de milhares de nacionais e estrangeiros, que figurariam como engrenagens - "mulas", carregadores ou pequenos varejistas - da macroestrutura do narcotráfico internacional. Para piorar esse panorama já em si adverso, o Brasil passou a ser não apenas rota de passagem, mas, lamentavelmente, *destino final* da venda e consumo ilegal de cocaína, maconha e outras substâncias entorpecentes ou psicotrópicas. Os novos "atores" dessa verdadeira tragédia brasileira não são mais os "vadios", "capoeiras" e "mendigos" do passado, mas os "gerentes", "vapores" e "soldados" do tráfico das drogas comercializadas nos nossos centros urbanos, geralmente em áreas de baixo estrato social onde o Estado se faz ausente.[518]

Além da "guerra às drogas", o autoritarismo que marcava a legislação migratória também é um fator relevante para a análise da criminalização das migrações. Este autoritarismo estava muito presente no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80). Todavia, depois de anos de uma tramitação marcada por uma ampla participação deliberativa de diversos setores da sociedade, foi aprovada a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.

A nova legislação não se limitou a substituir o Estatuto do Estrangeiro, tendo adequado o tratamento legislativo desta temática à Constituição Federal de 1988 e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Esta necessidade decorria, principalmente, do fato do Estatuto do Estrangeiro, promulgado durante a Ditadura Militar, pautar-se por princípios ligados à segurança nacional e mitigação de direitos de imigrantes, estando em um claro descompasso com o aparato institucional posterior à redemocratização[519].

A nova Lei de Migração, em conjunto com outros instrumentos legais importantes, em especial o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.874/97)[520], e o progressivo respeito pelos

---

[518] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil. Op. Cit.* p. 196.

[519] Para um panorama desse tema, cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de; PIRES JUNIOR, Paulo Abrão; GRANJA, João Guilherme de Lima; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Lei de migrações propõe acabar com legado da ditadura sobre o tema.* 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-04/lei-migracoes-propoe-acabar-legado-ditadura-tema>. Acesso em: 14/12/2019.

[520] Podemos conceituar o refugiado, a partir da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do Protocolo de 1967, como aquela pessoa que "temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele". Contudo, inspirado pela Declaração de Cartagena de 1984, a Lei nº 9.474/97 adotou um conceito ampliado de refugiado, incluindo a pessoa que, em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigada a deixar seu país de nacionalidade

precedentes da jurisprudência internacional, leva o Brasil a uma consolidação de uma mudança de paradigma no tratamento dos imigrantes e refugiados.

Uma das inovações da Lei de Migração foi o estabelecimento de uma série de princípios, alguns dos quais possuem um impacto claro sobre réus e presos de origem estrangeira: a não criminalização da migração (art. 3º, III), a regularização documental (art. 3º, V), a garantia do direito à reunião familiar (art. 3º, VIII) e acesso a bens e serviços públicos (art. 3º, XI). Há, ainda, uma série de direitos relevantes, sendo importante destacar o de amplo acesso à assistência jurídica gratuita (art. 4º, IX). E, além de princípios e direitos, a Lei de Migração traz uma série de institutos concretos com clara aplicação para imigrantes na condição réus ou condenados.

O importante neste momento é registrar que a Lei de Migração deve servir como um dos vetores interpretativos para a aplicação da legislação penal para pessoas de origem estrangeira. Não basta, inclusive, a invocação do princípio da igualdade para aplicação dos mesmos princípios e direitos de brasileiros, o que é óbvio e já pacificado na jurisprudência nacional. O que a Lei de Migração exige é um passo além: o de garantia de direitos específicos para pessoas de origem estrangeira em razão da própria condição de imigrante.

Este alerta é importante porque, em que pese a já mencionada pacificação da jurisprudência nacional quanto à igualdade de nacionais e estrangeiros no que tange às circunstâncias do processo penal, fato é que a condição de migrante frequentemente interfere no reconhecimento de determinados direitos.

Mas, mesmo diante de uma legislação que garante expressamente uma série de direitos a imigrantes, há sempre o risco de uma ruptura com esse novo marco legal e um retorno ao paradigma anterior. Isso ocorreu, por exemplo, com a edição da Portaria nº 666/2019 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública,[521] instrumento que a pretexto de regulamentar o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação, recorreu a critérios como "pessoa perigosa" para a identificação de quem pudesse sofrer sanções migratórias, além de mitigar de forma expressiva o contraditório e a ampla defesa em situações de "deportação sumária".[522] Não é o objetivo deste artigo discutir este tema, mas este regramento serve como alerta para os riscos existentes mesmo após a edição de uma Lei de Migração que consagrou direitos de uma forma ampla e robusta.

III. O PROCESSO PENAL

Segundo Artur de Brito Gueiros Souza em análise crítica da jurisprudência sobre o acesso a direitos a réus ou condenados estrangeiros empreendida sob a vigência do Es-

---

para buscar proteção em outro país.

[521] A norma foi posteriormente substituída pela Portaria nº 770/2019 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a qual abrandou alguns pontos da Portaria nº 666/2019.

[522] A referida portaria foi objeto de uma Nota Técnica do Grupo de Trabalho Nacional "Migrações, Apatridia e Refúgio" da Defensoria Pública da União (Nota Técnica nº 6 - DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU) e de uma Recomendação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), do Ministério Público Federal (Recomendação nº 09/2019/PFDC/MPF). As duas instituições se manifestaram contra aspectos da Portaria que contrariavam a Lei de Migração.

tatuto do Estrangeiro, eram quatro os argumentos principais utilizados para a restrição do acesso a institutos de direito penal e de execução penal: *a*) pendência de processo de expulsão ou expulsão já decretada; *b*) impossibilidade de concessão de benefícios aos estrangeiros que se encontram no Brasil em caráter temporário; *c*) facilidade de fuga daquele que não possui vínculos com o território nacional; *d*) situação migratória irregular, a qual impede acesso a documentação e ao mercado de trabalho formal.[523]

Estes argumentos, em linhas gerais, ainda permeiam as decisões judiciais relacionadas a imigrantes no âmbito penal. Por isso, antes de uma análise mais detalhada dos institutos, é importante a apresentação de argumentos mais gerais contra esses fundamentos.

O Supremo Tribunal Federal[524] e o Superior Tribunal de Justiça[525] possuem julgados recentes no sentido de que a mera qualidade de estrangeiro, inclusive em situação migratória irregular, não é fundamento para qualquer restrição de direitos no campo penal, mesmo no caso de um estrangeiro sem vínculos efetivos com o território nacional. Assim, com fundamento no respeito à dignidade da pessoa humana e diante dos princípios da igualdade e da individualização da pena, consolidou-se o entendimento jurisprudencial que estrangeiros fazem jus à liberdade provisória, progressão de regime, *sursis*, livramento condicional e outros benefícios nas mesmas condições que os brasileiros. Ademais, a pendência de processo de expulsão também não é um argumento válido para a restrição de direitos.[526] A jurisprudência nestes temas será objeto de análise mais pormenorizada.

---

[523] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 206.

[524] "EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena." (STF - HC 97147, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-02 PP-00291 RTJ VOL-00213- PP-00561). Sobre a impossibilidade de tratamento discriminatório entre brasileiros e estrangeiros: STF, HC 94016 / SP - SÃO PAULO, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/09/2008, Segunda Turma, RTJ VOL-00209-02 PP-00702.

[525] "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO DEFERIDA. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO, COM BASE NA SIMPLES CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, configura constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio constitucional da igualdade, o indeferimento de benefícios da execução ao estrangeiro em situação irregular no País, tais como a progressão de regime, apenas com base nesse fundamento. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de 1º Grau, concessiva da progressão ao regime aberto." (STJ - HC 299.630/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 28/11/2014)

[526] Neste sentido: "HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECU-

Mesmo assim, a condição de estrangeiro é frequentemente utilizada para fundamentar a negativa de determinados benefícios. Estes casos serão analisados de forma mais detida adiante, mas de modo geral este argumento tem sido aceito quando conjugado com outros, em especial ausência de vínculos com o território nacional ou endereço lícito.

Com relação ao *status* migratório, é importante ressaltar que na Lei de Migração há previsão de uma hipótese de regularização migratória expressa, abarcando tanto o estrangeiro em cumprimento de pena quanto aquele em liberdade provisória (art. 30, II, "h", da Lei nº 13.445/17). O prazo de residência para o imigrante em liberdade provisória será de até um ano, renovável por meio da apresentação de certidão expedida pelo Poder Judiciário que disponha sobre o andamento do processo (art. 159, § 1º, do Decreto nº 9.199/17). Já na hipótese de imigrante sentenciado, o prazo de residência estará vinculado ao período da pena a ser cumprido, informado pelo juízo responsável pela execução criminal (art. 159, § 2º, do Decreto nº 9.199/17). Dessa maneira, argumentos relacionados ao *status* migratório não fazem mais sentido a partir da Lei de Migração.[527]

Dessa forma, os argumentos tradicionais utilizados pela jurisprudência e sistematizados por Artur de Brito Gueiros não são aplicáveis diante da jurisprudência atual dos Tribunais Superiores e da própria Lei de Migração, a qual, como já afirmado, constitui um importante vetor interpretativo na aplicação da lei penal para imigrantes.

Por fim, antes da abordagem de institutos de forma individualizada, é necessário registrar que durante toda a marcha processual o imigrante tem direito à assistência consular por parte de seu país de origem nos termos do art. 36, item 1, alíneas "b" e "c", da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1963.[528] Este dispositivo convencional levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a editar a Resolução nº 162/2012,

---

ÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A progressão de regime de cumprimento da pena, tanto do nacional quanto do estrangeiro, deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela observância aos princípios da igualdade e da individualização da pena, com avaliação dos critérios objetivo e subjetivo a que alude o art. 112 da LEP. 2. O benefício não pode, assim, ser negado pelo simples fato de o apenado estar em situação irregular no país ou, mesmo, de haver decreto de expulsão expedido contra ele, motivos que, por si sós, conforme jurisprudência uníssona desta Corte, não seriam idôneos para tanto. 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão que deferiu a progressão ao regime semiaberto." (STJ - HC 309.825/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015).

[527] Ainda que para a regularização seja suficiente a apresentação decisão judicial da concessão da liberdade provisória ou certidão emitida pelo juízo responsável pela execução criminal do qual conste o período de pena a ser cumprida (art. 159, § 3º, do Decreto nº 9.199/17), é recomendável a menção expressa na decisão ou na sentença da possibilidade de acesso, por parte do estrangeiro, da regularização migratória em questão. Considerando a vulnerabilidade deste grupo, uma decisão pode auxiliá-los a conseguir a regularização migratória de forma menos burocrática e, com isso, conseguir acesso ao mercado formal de trabalho com a expedição de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

[528] Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, há violação do devido processo legal se a prisão não é comunicada à repartição consular. Este entendimento foi externado tanto no exercício da competência consultiva (Opinião Consultiva nº 16/1999) quanto contenciosa (Caso Vélez Loor Vs. Panamá).

a qual dispõe em seu art. 1º que "[a] autoridade judiciária deverá comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias." Ademais, esta comunicação também deve ocorrer nas hipóteses de progressão ou regressão de regime, concessão de livramento condicional ou da extinção da punibilidade (art. 2º).[529]

III.1. Prisão e medidas cautelares

Como já mencionado, a jurisprudência nos Tribunais Superiores tem se inclinado em direção do entendimento de que a mera condição de estrangeiro, ainda que em situação migratória irregular, não é fundamento idôneo para a negativa de liberdade provisória ou medidas cautelares alternativas.[530] A regra geral, portanto, é que conjecturas sobre a possibilidade de fuga em razão da ausência de vínculos com o país, especialmente quando aliadas a argumentos relacionados à gravidade abstrata do delito, não permitem a imposição de uma medida restritiva de liberdade.[531]

Na prática, contudo, é frequente a utilização da qualidade de estrangeiro para a imposição de uma medida restritiva de liberdade. A partir de uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se constatar que há uma tendência forte em impedir a imposição dessas medidas apenas com fundamento no fato do réu ser um imigrante.[532] O que se vê na jurisprudência é a exigência de uma fundamentação

---

[529] É importante ressaltar que caso o estrangeiro seja refugiado ou solicitante de refúgio a comunicação não deverá, em regra, ser feita para o país de origem sob o risco de colocar sua vida em risco. Assim, nestas hipóteses, a comunicação só pode ser feita para o Ministério da Justiça e das Relações Exteriores, os quais deverão resguardar o sigilo inerente à condição de refugiado.

[530] Para uma análise da evolução da jurisprudência sobre este tema, cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil. Op. Cit.* pp. 205-240.

[531] "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE ESTRANGEIRO. INDEFERIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. A Sexta Turma desta Corte vem decidindo no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, tornou-se possível a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, nas hipóteses em que não estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. A situação jurídico-processual do paciente é idêntica à do corréu, que teve reconhecido o direito de recorrer em liberdade nesta Corte por meio do RHC nº 27.706/SP. 3. A liberdade provisória do paciente foi indeferida sem que fosse demonstrada concretamente a imprescindibilidade da medida extrema. 4. A suposta possibilidade de fuga, por se tratar de estrangeiro que não possui vínculo com o nosso país, bem como infundadas conjecturas acerca da possibilidade de reiteração da conduta delitiva em razão da gravidade abstrata da infração não constituem, por si sós, motivos suficientes para justificar a segregação antecipada. 5. Ordem concedida." (STJ - HC 193.060/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011)

[532] É importante destacar, no entanto, que no STJ há julgados que admitem como fundamento para a decretação de prisão preventiva o fato do réu estrangeiro sem vínculos com o país. Neste sentido: "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. RÉU ESTRANGEIRO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SE-

que, ainda que se utilize do fato do réu ser estrangeiro, vá além e indique fundamentos concretos para a imposição de qualquer medida restritiva de liberdade.

Neste contexto, a condição de estrangeiro tem sido utilizada, ainda que como argumento complementar, como por exemplo quando o réu não possui emprego ou residência fixa no Brasil,[533] não foi encontrado em seu país,[534] não apresentou documentos que comprovem a identidade,[535] utilização pretérita de documento de

---

GREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA RECLAMO IMPROVIDO. 1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, diante das circunstâncias em que ocorrido o delito. 2. A expressiva quantidade e a natureza altamente danosa da droga capturada com o recorrente - mais de 5kg (cinco quilogramas) de cocaína -, que seria destinada à disseminação internacional, bem demonstram a gravidade concreta do delito, autorizando a conclusão pela necessidade da segregação para a garantia da ordem pública. 3. A condição de estrangeiro do réu, sem vínculos com o país, tem sido considerado fundamento idôneo a autorizar a ordenação e preservação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. 4. Primariedade e bons antecedentes não têm, em princípio, o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. 5. Concluindo-se pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, cuja aplicação não se mostraria adequada e suficiente no caso concreto. 6. Recurso ordinário improvido." (STJ - RHC 56.424/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 16/04/2015). Todavia, mesmo nestes casos têm sido invocados outros fundamentos, como a gravidade concreta do delito.

[533] "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO DE 14 ANOS E 7 MESES DE RECLUSÃO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. APREENSÃO DE 1.192,85KG DE MACONHA E 2KG DE HAXIXE. PACIENTE ESTRANGEIRO E SEM VÍNCULO COM O PAÍS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). 3. Caso em que a prisão preventiva foi mantida na sentença, após a condenação do réu, em razão da gravidade concreta do crime - estaria transportando quase 1.200kg de maconha do Paraguai para o Brasil, ocultando a droga no caminhão em meio a fardos de arroz para ilidir a fiscalização de fronteira. Ademais, na condição de estrangeiro e residente no exterior, o paciente não demonstrou vínculo empregatício ou familiar no território nacional, o que indica um risco à aplicação da lei penal, sobretudo diante da pena imposta, de 14 anos e 7 meses de reclusão. Prisão preventiva mantida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Precedentes.
4. Habeas corpus não conhecido." (STJ - HC 515.745/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019).

[534] "PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OPERAÇÃO CULLINAN. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INTERNACIONAL. RÉU ESTRANGEIRO FORAGIDO. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. (...). 4. Ademais, a decretação da prisão preventiva encontra-se justificada para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a instrução criminal em razão de o recorrente, estrangeiro, não ter sido localizado em seu país, situação que persiste até o presente momento. (...)" (STJ - RHC 109.548/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019).

[535] "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS A EMBASAR A CUSTÓDIA. WRIT NÃO PREJUDICADO. PRISÃO CAUTELAR. PLEITO DE REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. (...).

viagem falso [536] e violação das regras relacionadas ao refúgio.[537]

Apesar de não ser possível apontar uma jurisprudência pacífica sobre o tema, já que ainda há fundamentos que apelam para a mera condição de estrangeiro, de modo geral este fundamento tem sido invocado como um reforço argumentativo. Isto é essencial, já que o fato do réu ser estrangeiro sem vínculos com o Brasil não é fundamento, por si só, de que haja qualquer tipo de risco para a aplicação da penal. Como ensina Aury Lopes Jr., "[o] risco deve apresentar-se como um fato claro, determinado, que justifique o medo de

---

2. A prisão cautelar foi satisfatoriamente fundamentada na necessidade de garantir a aplicação da lei penal, pois trata-se de Réu estrangeiro em situação irregular no país e que não apresentou qualquer documento que comprovasse sua identidade. Precedentes. 3. Recurso desprovido." (STJ - RHC 101.083/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 18/02/2019).

[536] "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. PACIENTE ESTRANGEIRO, COM LIGAÇÃO COM TRAFICANTES INTERNACIONAIS. HISTÓRICO E ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA EXTREMA. NECESSIDADE DE INTERRUPÇÃO DA ATUAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 4. O decreto prisional destacou o histórico de ligações realizadas por ele para o exterior, demonstrando um relacionamento com traficantes internacionais e uma forte presença e influência perante grupos criminosos na Itália. No ano de 1992, teria montado um esquema criminoso com o sobrinho de um mafioso italiano a fim de enviar drogas para o exterior a partir do Ceará, inclusive teria sido o responsável pela encomenda dos cerca de 600kg de cocaína apreendida e o articulador para a recepção da droga na cidade de Fortaleza/CE. O paciente é estrangeiro (jordaniano), já teria utilizado um passaporte grego falsificado ao chegar na Holanda, vindo da Itália, mas foi posteriormente deportado pelas autoridades holandesas também por outras atividades ilegais. Ademais, o mandado de prisão não foi cumprido, pois o investigado não foi encontrado em nenhum dos endereços constantes dos autos. Precedentes. 5. A vinculação com o grupo criminoso demonstra a periculosidade do paciente, evidenciando a probabilidade concreta de continuidade no cometimento de delitos. A propósito, a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva (STF, Primeira Turma, HC-95.024/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/02/2009). 6. Habeas corpus não conhecido." (STF - HC 452.724/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018).

[537] "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. RÉU ESTRANGEIRO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDENADO QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O PROCESSO. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. (...) 3. A condição de estrangeiro do recorrente, sem vínculos com o país, tendo ele violado as normas do refúgio humanitário que havia solicitado por ter saído do país por diversas vezes, é considerado fundamento idôneo a autorizar a ordenação e preservação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. 4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva. 5. Recurso ordinário conhecido e improvido." (STJ - RHC 79.918/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 22/02/2017)

evasão do acusado",[538] o que não ocorre com a mera indicação da condição de imigrante.

Além disso, é importante levar em consideração que a prisão preventiva é medida *ultima ratio*, cabível apenas quando não sejam cabíveis as medidas cautelar alternativas previstas no art. 319 do CPP, hipótese que deverá ser devidamente fundamentada com base nos elementos presentes no caso concreto (art. 282, § 5º, do CPP).

Assim, caso haja elementos que justifiquem a desconfiança, o fato do réu ser estrangeiro sem vínculos com o país pode ensejar a aplicação de medidas cautelares alternativas voltadas a evitar a fuga, como a imposição de comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP) ou monitoramento eletrônico (art. 319, IX, do CPP). Também pode ser útil a retenção do passaporte e a comunicação da Polícia Federal no sentido de impedimento de saída do território nacional. Todavia, em caso de retenção de passaporte[539] recomenda-se que seja fornecida uma cópia do documento ao imigrante para finalidades burocráticas.[540]

Atualmente, como já registrado, estrangeiros que estejam sujeitos a prisão preventiva ou medidas cautelares possuem direito à regularização migratória (art. 30, II, "h", da Lei nº 13.445/17), o que mitiga ainda mais as dificuldades relacionadas à condição de estrangeiro. Assim, em uma situação de liberdade provisória ou medida cautelar o imigrante poderá ter acesso à documentação e até mesmo o mercado de trabalho formal.

Há, contudo, algumas dificuldades práticas que merecem ser mencionadas. Muitos dos réus são "mulas" do tráfico internacional e, consequentemente, não possuem quaisquer vínculos com o Brasil. A situação se agrava ainda mais pelo fato de muitas dessas pessoas não possuírem quaisquer recursos ou dominarem o português, além de nem sempre contarem com auxílio de familiares ou de uma comunidade. Assim, a concessão de liberdade provisória ou a fixação de medidas cautelares alternativas poderá se associar a uma situação de vulnerabilidade social, já que em regra não há apoio social destinado a essas pessoas, as quais em muitos casos dependem da atuação de organizações não governamentais. Este argumento não pode, todavia, ser utilizado para negar um direito a essas pessoas, cabendo ao Poder Judiciário se articular juntamente com outros atores e buscar uma solução adequada. Neste ponto, inclusive, uma Defensoria

---

[538] LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 129.

[539] De acordo com o art. 1º, § 2º, da Res. 162/2012 do CNJ, "[i]ncumbe à autoridade judiciária, após a realização das perícias pertinentes, encaminhar o passaporte do preso estrangeiro à respectiva missão diplomática ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, no prazo máximo de cinco dias.

[540] O cuidado com a extração de uma cópia do passaporte é uma das recomendações contidas no Enunciado 3 do I FONADIRH (Fórum Nacional de Direitos Humanos) organizado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE): "Recomenda-se que: 1) sentença condenatória contra réu ou ré estrangeira disponha sobre: a) o acesso à autorização de residência, sendo esta recomendação aplicável também para liberdade provisória ou medidas cautelares alternativas; b) autorização da expulsão ou deportação assim que houver o deferimento por parte do juízo das execuções de progressão ao regime aberto ou livramento condicional; d) determinação de inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF); 2) em caso de aplicação de pena restritiva de direitos a réu ou ré estrangeira sem vínculos com o território nacional, recomendam-se que sejam imputadas duas prestações pecuniárias para viabilizar o célere retorno ao país de origem; 3) seja extraída cópia integral do passaporte antes de sua devolução à representação consular."

Pública bem estruturada é de crucial importância.[541]

Esta situação de vulnerabilidade se mostra ainda mais evidente no caso de mulheres migrantes,[542] especialmente nos casos em que elas se veem privadas do contato com os próprios filhos, seja em razão da prisão, seja em razão destes estarem em outro país. Em determinados casos, a maternidade permite a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar (art. 318 do CPP), sendo certo que a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* coletivo 143.641[543] aplica-se às presas de origem estrangeira, desde que esteja grávida, puérpera ou com a guarda da criança no Brasil.

No entanto, este benefício tem sido de acesso mais difícil às mulheres migrantes em razão de fundamentos como o fato das crianças residirem em outro Estado,[544] não

---

[541] A título de exemplo pode-se mencionar a parceria entre a Defensoria Pública da União e o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) no apoio às presas e egressas estrangeiras em São Paulo.

[542] Para um panorama didático e não exaustivo dos problemas enfrentados pelas mulheres em situação de prisão, cf. ITTC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania). *MulhereSemPrisão: enfrentando a (in) visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal.* São Paulo: ITTC, 2019. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres--submetidas-a-justica-criminal.pdf> Acesso em: 9 de jan. 2020. No mesmo sentido: Para uma melhor compreensão, sugerimos contato com o tema das presas estrangeiras: São Paulo tem o maior número de mulheres estrangeiras presas. *Justificando.* Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/08/sao-paulo-tem-o-maior-numero-de-mulheres-estrangeiras-presas/> Acesso em : 9 de jan. 2020.

[543] Neste *Habeas Corpus* foi concedida ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada.

[544] "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. MÃE ESTRANGEIRA, SEM VÍNCULO NO BRASIL. FILHOS RESIDENTES NA COLÔMBIA. BENESSE LEGAL. CUMPRIMENTO FORA DO TERRITÓRIO NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). 2. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus n. 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/2/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo n. 186/2008 e Lei n. 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. 3. A hipótese dos autos é excepcional e não permite a concessão de prisão domiciliar: recorrente estrangeira (colombiana), com filhos menores de 12 (doze) anos em seu país de origem (Colômbia), presa em flagrante no Brasil, com destino a Paris (tráfico internacional de drogas) e pleiteia o deferimento/cumprimento de prisão domiciliar fora do Brasil. Inviabilidade.
4. A prisão domiciliar deve ser cumprida no território nacional para viabilizar o prosseguimento da ação penal e a aplicação da lei (limite territorial da jurisdição brasileira). A imposição conco-

comprovação da necessidade de cuidado da criança[545] ou a não comprovação de que há risco na gravidez[546]. Também aqui a ausência de políticas públicas voltadas para presas

mitante de medida cautelar não legitima a saída de recorrente estrangeira, sem vínculo no Brasil, para cumprir prisão domiciliar no seu país de origem. 5. Recurso conhecido e não provido." (STJ - RHC 114.345/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 30/08/2019).

[545] "CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (TRANSPORTE COM DESTINO AO EXTERIOR DE COCAÍNA, CAMUFLADA NA FORMA DE "BOMBONS" E "PIRULITOS"). ARTIGOS 33 E 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006. SENTENÇA QUE MANTEVE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PROIBIÇÃO LEGAL. RELEITURA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO NÃO AUTORIZADORAS (PACIENTE ESTRANGEIRA, SEM FAMILIARES, SEM OCUPAÇÃO E SEM RESIDÊNCIA FIXA NO BRASIL). ASSEGURAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INSUFICIÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, DISPOSIÇÃO AO TRABALHO E DE AUSÊNCIA DE COMETIMENTO DO DELITO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CARÁTER NÃO ABSOLUTO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR, PARA FINS DE CUIDADO DE FILHO NASCIDO HÁ SEIS MESES. ART. 318, III, DO CPP. MEDIDA ATRELADA AO INTERESSE DA CRIANÇA. NECESSIDADE DE APURAÇÃO POR PROVA HÁBIL (EXAME PSÍQUICO-SOCIAL POR PROFISSIONAL HABILITADO) NÃO TRAZIDA AOS AUTOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM. (...) 7. A Lei nº 12.403/2011 trouxe a possibilidade de deferimento de prisão domiciliar (encarceramento em residência), em substituição à preventiva típica, quando o agente for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência" (art. 318, III). A mens legis diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável - o filho recém-nascido - e não do que é mais aprazível para a paciente. Além disso, o exame dessa possibilidade deve estar, necessariamente, sustentado em prova hábil, o que, no caso concreto, imporia a realização de estudo psíquico-social (que não foi feito), para fins de apuração da melhor situação para a criança (permanecer em abrigo do Estado ou conviver com a mãe em residência cedida, não se sabe por quanto tempo e em que condições, por terceiro). Veja-se que esse estudo, a ser desenvolvido por profissional habilitado, revela-se ainda mais necessário, considerando que a gravidez avançada da mãe (de 8 meses) não foi, para ela, motivo suficiente a impedi-la de cometer o delito pelo qual foi condenada. 8. Pela denegação da ordem. 9. Considerada, contudo, a tenra idade da filha da paciente (apenas 6 meses), deve-se expedir ofício ao Diretor da Colônia Penal do Bom Pastor, recomendando-se a adoção de providências à promoção do contato entre mãe e filha, durante o período de encarceramento." (TRF5 - HC - Habeas Corpus - 4674 0003759-73.2012.4.05.0000, Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, DJE - Data: 20/04/2012 - Página: 75.)

[546] "HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ARTIGO 312 E 282, I E II, DO CPP. PRISÃO DOMICILIAR AFASTADA. RISCO GESTACIONAL NÃO COMPROVADO. ORDEM DENEGADA. (...). 6. Os documentos comprovam que a paciente está realizando os exames pré-natais junto ao Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário. 7. A única menção, sem qualquer especificação acerca do risco gestacional não é suficiente para comprovar a necessidade da prisão domiciliar da paciente, presa em flagrante pela prática de crime grave e de repercussão social. 8. A alegação da impetrante de que a oferta de vaga de abrigo provisório por parte da entidade assistencial Centro de Acolhida do Amparo Maternal, até o período de seis meses após o parto, não é garantia de que a paciente, estrangeira (boliviana), sem vínculo com o Brasil, permaneça no distrito de culpa sem prejudicar a aplicação da lei penal. 9. Ordem denegada." (TRF3 - HC 0023851-58.2014.4.03.0000, juiz convocado HÉLIO NOGUEIRA, QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2014.)

e egressas estrangeiras aprofunda a vulnerabilidade, já que a existência de uma instituição social que possa operacionalizar a prisão domiciliar tem sido levada em conta pela jurisprudência.[547]

Especificamente quanto à prisão de mulheres imigrantes, é muito importante a incorporação das Regras de Bangkok à prática judiciária. Merecem destaque a necessidade de acesso ao apoio consular e a necessidade de consulta à mulher diante da possibilidade de envio de criança ao país de origem.

III.2. Sanção penal

O direito brasileiro consagra duas espécies de sanção penal: penas e medida de segurança, a qual não será abordada neste artigo. O art. 32 do Código Penal adota três penas: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa. O fato do condenado ser estrangeiro não possui nenhuma implicação quanto à possibilidade de aplicação de alguma das três modalidades de pena.

Os temas mais relevantes relacionados à pena privativa de liberdade em si já foram analisados anteriormente quando foi abordada a prisão cautelar. Outros assuntos, relacionados à execução da pena, serão avaliados no tópico seguinte. Especificamente quanto à fixação da pena privativa de liberdade é importante registrar que a jurisprudência passou a aceitar regimes menos gravosos independentemente da situação pessoal do imigrante. Assim, mesmo sem vínculos com o território nacional, é possível a fixação do regime inicial semiaberto ou aberto.[548]

---

[547] "PENAL E PROCESSO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. FATO NOVO APÓS JULGAMENTO DA APELAÇÃO. CONDENADA QUE DEU À LUZ FILHO PREMATURO QUE APRESENTA ATRASO NO DESENVOLVIMNETO MOTOR E INTERCORRÊNCIAS PULMONARES. VAGA EM INSTITUIÇÃO SOCIAL QUE SERVE DE MORADIA PARA ESTRANGEIRAS EGRESSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. ARTIGO 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. GARANTIA PÉTREA CONSTITUCIONAL EXTENSÍVEL AOS ESTRANGEIROS. CONCESSÃO. 1. Após o julgamento da apelação, mas sem que tenha havido o trânsito em julgado do v. acórdão, a Defensoria Pública da União traz a ocorrência de fato novo, consistente no fato de a acusada ter dado à luz filho prematuro, que apresenta atraso no desenvolvimento motor e várias intercorrências pulmonares, o que enseja cuidados da equipe médica, bem como de sua genitora, mesmo após o período mínimo de 6 (seis) meses de amamentação, razão pela qual requer seja deferido o pedido de Prisão Domiciliar substitutiva de prisão preventiva, por se encontrarem presentes os requisitos previstos no art. 318, II e III, do Código de Processo Penal. 2. Juntados documentos que demonstram a imprescindibilidade da ré aos cuidados de seu filho, ensejando a aplicação do disposto no art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal. 3. O princípio da isonomia, garantia pétrea constitucional extensível aos estrangeiros, impede que o condenado não nacional pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes seja privado da concessão dos benefícios previstos em lei, no caso, substituição da prisão preventiva pela domiciliar, inclusive porque foi juntada declaração no sentido da existência de vaga para acolhimento da ré em instituição social, cujo objetivo é servir de moradia para mulheres estrangeiras egressas no sistema prisional. 4. Acolhida questão de ordem para que seja concedida à ré a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, com fundamento no art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal" (TRF3 - ApCrim 0000898-47.2012.4.03.6119, Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI, PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2013.)

[548] "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO DEFERIDA. BENEFÍCIO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO, COM BASE NA SIMPLES

Especificamente no caso do regime aberto, mostra-se viável a possibilidade de retirada do condenado do território nacional, seja através de recursos próprios, seja em razão de uma medida de retirada compulsória operacionalizada pelo Poder Executivo. Como já mencionado, a ausência de vínculos de muitos réus com o Brasil pode aprofundar a situação de vulnerabilidade. O tema será abordado com mais detalhes adiante.

Mais controversa é a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Uma análise textual dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal não traz nenhum óbice relacionado com a mera condição de estrangeiro do condenado, de modo que, na esteira de julgados já analisados, esta circunstância não é suficiente para negar o benefício. Aliás, diante da possibilidade de regularização migratória durante o cumprimento da pena, não se mostra viável a negativa da substituição em razão da impossibilidade do exercício de trabalho lícito.[549]

Todavia, é importante destacar que muitos desses estrangeiros, conforme já mencionado, não possuem vínculos com o país. No caso das "mulas" do tráfico internacional de drogas esta situação é ainda mais evidente, já que em muitos casos esses condenados não dominam o português, não possuem vínculos com a comunidade, estão em situação de hipossuficiência econômica e longe de seus núcleos familiares, os quais nem sempre são capazes de fornecer o apoio devido. Ademais, nem sempre as representações consulares fornecem o apoio necessário, o qual também não é garantido por instituições brasileiras.

Por essa razão, nem sempre um dos objetivos da pena restritiva de direitos, que é a manutenção do condenado com o meio social, será alcançado. Tratando-se de alguém sem vínculos com o Brasil, a pena restritiva de direitos acaba se convertendo em uma

---

CONDIÇÃO DE ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, configura constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio constitucional da igualdade, o indeferimento de benefícios da execução ao estrangeiro em situação irregular no País, tais como a progressão de regime, apenas com base nesse fundamento. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão de 1º Grau, concessiva da progressão ao regime aberto." (STJ - HC 299.630/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 28/11/2014).

[549] Assim, fica superado o impeditivo mencionado, *v.g.*, no seguinte precedente: "PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO - COMPROVAÇÃO - CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE OU CULPABILIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO - TRANSNACIONALIDADE COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - MANUTENÇÃO DA PENA-BASE - INAPLICABILIDADE DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - SÚMULA 231 DO C. STJ - CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INC. I, DA LEI N.º 11.343/06 1- MANUTENÇÃO - REFORMA DA R. SENTENÇA - MINORANTE PREVISTA PELO ART. 33, §4º, DA LEI N.º 11.343/06 APLICADA NO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO) - MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - SUBSTITUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - NÃO CARACTERIZAÇÃO - PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DEFENSIVA. (...). 12. Ausência de pressuposto objetivo à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, vez que fixada reprimenda corporal superior a 04 (quatro) anos de reclusão. Réu estrangeiro, sem vínculos com o Brasil, fator que também inviabilizaria a substituição, já que não haveria como trabalhar licitamente neste País. Precedentes. 13. Apelação defensiva parcialmente provida." (TRF3 - ApCrim 0010355-06.2012.4.03.6119, Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/04/2015).

medida desencarceradora, mas privada de muitas de suas vantagens. Pode, ainda, implicar em dificuldades desproporcionalmente maiores aos estrangeiros em razão das condições pessoais já descritas, as quais podem implicar enormes dificuldades para a sobrevivência no dia a dia.

Por isso, pode ser interessante a utilização de penas restritivas de direitos que não sejam incompatíveis com a imediata retirada do imigrante do território nacional. Um exemplo é a aplicação exclusiva de penas pecuniárias,[550] as quais podem ser pagas inclusive na hipótese de o réu estar fora do território nacional ou através de cooperação jurídica internacional.[551]

Por derradeiro, independentemente da pena fixada, recomenda-se a adoção das seguintes providências indicadas no Enunciado 3 do I Fórum Nacional de Direitos Humanos da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE):

Recomenda-se que: 1) sentença condenatória contra réu ou ré estrangeira disponha sobre: a) o acesso à autorização de residência, sendo esta recomendação aplicável também para liberdade provisória ou medidas cautelares alternativas; b) autorização da expulsão

---

[550] Esta alternativa tem sido aceita pela jurisprudência do TRF da 4ª Região. Neste sentido: "PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 334-A, §1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGOS 2º E 3º DO DECRETO-LEI Nº 399/68. CONTRABANDO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS SUBSTITUTIVAS. ESTRANGEIRO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PENA DE MULTA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SÚMULA 122 TRF4. COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DE ORIGEM. (...). 3. Quanto à escolha das penas restritivas, correto o posicionamento do juízo de primeiro grau quanto à conveniência de aplicação de penas de natureza pecuniária, por se tratar de réu estrangeiro para o qual não haveria possibilidade de fiscalização do cumprimento de prestação de serviço à comunidade, preferencial em relação às demais penas substitutivas previstas no artigo 44 do Código Penal, na forma da Súmula 132 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 4. A simples alegação de restrições financeiras não é suficiente para que seja reduzida a sanção, a qual, vale lembrar, tem natureza de pena e deve ter impacto relevante na esfera patrimonial do condenado, a fim de puni-lo pelo crime cometido e ainda evitar que volte a delinquir. Desse modo, deve ser mantido o valor fixado em sentença para a prestação pecuniária e para a pena de multa. 5. Execução provisória da pena autorizada, conforme entendimento firmado pelo STF (HC 126.292). Súmula 122 TRF4." (TRF4 - ACR 5000200-83.2018.4.04.7002, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 07/05/2019).

[551] Há precedente neste sentido no TRF da 4ª Região. A alternativa foi assim fundamentada no julgamento da Apelação Criminal 5012466-10.2015.4.04.7002, de relatoria da Des. Fed. Salise Sanchotene: "Quanto à escolha das penas restritivas, correto o posicionamento do juízo de primeiro grau quanto à conveniência de aplicação de penas de natureza pecuniária, por se tratar de réus estrangeiros para os quais não haveria possibilidade de fiscalização do cumprimento de prestação de serviço à comunidade, preferencial em relação às demais penas substitutivas previstas no artigo 44 do Código Penal, na forma da Súmula 132 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região é de que não deve ser aplicada duplamente uma mesma pena restritiva de direitos, a fim de que o condenado efetivamente cumpra duas respostas criminais distintas e não apenas uma em maior volume. Contudo, no caso concreto, analisando-se sob o prisma do efetivo cumprimento da pena, tendo em consideração, ainda, o fato de o réu ser estrangeiro sem residência no Brasil, melhor se ajusta ao caso a aplicação de duas penas restritivas de direito de prestação pecuniária, em valor a ser depositado pelo réu em conta vinculada ao juízo da execução penal, ou, não ocorrendo o cumprimento em território nacional na cidade de fronteira, será solicitado o cumprimento mediante cooperação jurídica direta, ao Poder Judiciário do Paraguai." (TRF4, ACR 5012466-10.2015.4.04.7002, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 17/07/2019)

ou deportação assim que houver o deferimento por parte do juízo das execuções de progressão ao regime aberto ou livramento condicional; d) determinação de inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF); 2) em caso de aplicação de pena restritiva de direitos a réu ou ré estrangeira sem vínculos com o território nacional, recomendam-se que sejam imputadas duas prestações pecuniárias para viabilizar o célere retorno ao país de origem; 3) seja extraída cópia integral do passaporte antes de sua devolução à representação consular.

III.3. Execução penal

Neste tópico novamente houve uma mudança da jurisprudência em direção à não discriminação entre brasileiros e estrangeiros no que tange aos institutos típicos da execução penal.[552] A própria Lei de Execução Penal, em seu art. 3º, consagra a necessidade de um tratamento não discriminatório aos condenados.

Por força do próprio princípio da igualdade, os direitos previstos na Lei de Execução Penal, em especial aqueles elencados no art. 11, são plenamente aplicáveis aos imigrantes. Também são relevantes para este tema as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos) e as já mencionadas Regras de Bangkok, voltadas para as mulheres privadas de liberdade. A Lei de Migração também traz direitos importantes, como o de transferir recursos (art. 4º, V, da Lei nº 13.445/17).

Isto implica, ainda, a necessidade de adaptação de certos direitos às condições peculiares dos presos estrangeiros, já que diferenças culturais e religiosas devem ser levadas em conta pelo Estado. Ganha especial relevo aqui a dever de garantia ao respeito à diversidade religiosa (art. 11, VI, da LEP), o que gera ao Estado o dever de possibilitar o exercício religioso. A título de exemplo, podemos mencionar o acesso a comida diferente por presos muçulmanos na Penitenciária de Itaí/SP.[553]

Nesta fase, os reflexos mais importantes para os estrangeiros relacionam-se com o livramento condicional e a progressão de regime. Novamente importa aqui avaliar o tipo de vínculo que o imigrante possui com o território nacional e a possibilidade de facilitar seu regresso para o país de origem, seja com recursos próprios, seja em razão de medida de retirada compulsória. Isto pode ocorrer com a mera autorização de saída do condenado do território nacional antes da extinção da pena, o que viabiliza inclusive eventual deportação ou expulsão, tema que será analisado na próxima seção.[554]

---

[552] Neste sentido, *v.g.*: STJ - HC 345.726/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 20/04/2016; STJ - HC 324.231/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 10/09/2015; STJ - HC 309.825/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015.

[553] BERTOLOTTO, Rodrigo. Presos ao quadrado: as penas da vida no único presídio destinado a estrangeiros no Brasil. *UOL Tab*. São Paulo, 8 mai. 2018. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/prisao-estrangeiros/#presos-ao-quadrado>. Acesso em: 09 jan. 2020. Merece destaque ainda a cartilha de direitos dos presos muçulmanos elaborada pela Defensoria Pública da União: DPU. *Direitos Religioso, Deveres e Costumes de Presos Muçulmanos em Penitenciárias*. Brasília: DPU, 2011. Disponível em: <http://ittc.org.br/cartilha-de-direitos-dos-presos-muculmanos/>. Acesso em: 09 jan. 2020.

[554] A título de exemplo, decisão no processo 0001823-09.2015.8.26.0026 da 4ª Vara Criminal de Bauru/SP trouxe as seguintes determinações: "uma vez que o sentenciado deseja retornar ao seu país de

Outro tema importante é a transferência de pessoas condenadas. Este instituto regula a possibilidade de que um estrangeiro que tenha cometido um crime em um país, cumpra a pena no seu Estado de origem. Trata-se de um mecanismo de cooperação jurídica internacional fundado tanto no caráter humanitário da execução de uma pena próxima à comunidade do condenado,[555] especialmente diante de sua possível retirada do território nacional ao final do cumprimento da pena, quanto uma forma de possibilitar um arranjo entre as nações quanto à responsabilização pela prática de um crime, já que o Estado de origem do condenado passa a ter o ônus de executar a pena.[556]

De acordo com a Lei de Migração, a qual disciplinou pela primeira vez o instituto, a transferência de pessoa condenado poderá ser concedida quando o pedido se fundamentar em tratado internacional[557] ou diante de promessa de reciprocidade (art. 103 da Lei nº 13.445/17). O condenado pode ser transferido para seu país de nacionalidade ou país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal, desde que haja interesse neste sentido (art. 103, § 1º, da Lei nº 13.445/17).

Os requisitos gerais para a transferências estão previstos no art. 104 da Lei de Migração: a) o condenado no território de uma das partes for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra parte que justifique a transferência; b) a sentença tiver transitado em julgado; c) a duração da condenação a cumprir ou que restar

---

origem, considerando que conforme o art. 6º do Pacto de São José da Costa Rica, uma das funções primordiais da pena é a reforma e ressocialização do sentenciado, o que será cumprido melhor caso esteja no seio de sua família e sua pátria: considerando que a mesma Convenção prevê o direito à nacionalidade e à circulação entre países, sendo que o exercício da nacionalidade é realizado na terra mãe de cada pessoa; considerando que é de interesse social nacional que o estrangeiro condenado por crime, ainda que não caiba expulsão, mas que não tenha vínculos ou possibilidade de desenvolvimento pessoal no país, retorne ao seu país de origem; AUTORIZO que o sentenciado retorne ao seu país de origem assim que for colocado em liberdade no cumprimento deste benefício. Os autos de execução ficarão em arquivo, aguardando o prazo prescricional da pena. Caso o sentenciado retorne ao território brasileiro ou seja detectado que o mesmo nunca saiu do deste território, deverá cumprir o restante da pena, retornando ao regime anterior. Fica ciente o sentenciado que, em caso de ser decretada sua expulsão pelo Ministério da Justiça, ficará proibido de ingressar em território nacional. Fica também ciente de que caso haja inquérito de expulsão em andamento com decreto de prisão preventiva administrativa, a presente decisão não impedirá sua prisão. Com o fim de viabilizar a saída do sentenciado do país, determino que seja encaminhada cópia desta decisão à Polícia Federal para que expeça passaporte provisório para o mesmo, no prazo de 30 dias. O sentenciado de posse de cópia da sentença deverá se dirigir a Polícia Federal ou Consulado para retirada do documento. Expeça-se o necessário. Comunique-se à missão diplomática do Estado de origem do sentenciado acerca da decisão proferida por este Juízo, nos termos da resolução nº 162 de 13/11/2012 do Conselho Nacional de Justiça."

[555] Conforme o próprio Ministério da Justiça e Segurança Pública: "O instituto de Transferência de Pessoas Condenadas (TPC) para cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais em seus países de origem tem cunho essencialmente humanitário, pois visa à proximidade da família e de seu ambiente social e cultural, o que vem a ser importante apoio psicológico e emocional facilitando sua reabilitação após o cumprimento da pena." Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas>. Acesso em: 09 jan. 2020.

[556] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil. Op. Cit.* pp. 255-259.

[557] Segundo informação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil possui atualmente 17 tratados bilaterais sobre a transferência, além de 4 multilaterais. Disponível em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas/acordos-de-transferencia-de-pessoas-condenadas>. Acesso em: 09 jan. 2020.

para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; d) o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambos os Estados; e) houver manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante; e) houver concordância de ambos os Estados. Caso a extradição seja inadmitida, a transferência é proibida (art. 105, § 2º, da Lei nº 13.445/17). A medida de transferência poderá ser combinada com medida de impedimento de reingresso no território nacional. Cabe ao Ministério da Justiça, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) operacionalizar a transferência.

Segundo o art. 6º, da Portaria nº 89/2018, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, além da pessoa condenada, o pedido de transferência pode ser feito: a) por seu cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente; b) por seu advogado constituído ou defensor público; c) por qualquer outra pessoa ou autoridade, brasileira ou estrangeira, que tenha conhecimento do interesse da pessoa condenada em ser transferida.

Após a transferência os incidentes relacionados à execução penal ficam a cargo do Estado para onde o condenado foi transferido (art. 286 do Decreto nº 9.199/18), e a aplicação da pena será regida pela lei do Estado recebedor, inclusive quanto às formas de extinção da punibilidade, exceto se previsto de maneira diversa em tratado de que o País seja parte (art. 288 do Decreto nº 9.199/18).

Do ponto de vista prático, uma das maiores dificuldades envolve os custos para a transferência, que são de responsabilidade do Estado recebedor. Deste modo, como em regra os Estados não estão dispostos a arcar com estes custos, e diante da hipossuficiência econômica de muitos réus, a transferência acaba não ocorrendo. Por essa razão, a esmagadora maioria das transferências envolve países europeus, com destaque para Espanha.[558]

Outro tema que tem gerado problemas práticos é a necessidade de trânsito em julgado, o que pode atrasar a possibilidade de transferência e levar réus estrangeiros a abrirem mão de recursos para acelerar a tramitação da cooperação. Todavia, não haveria óbices na transferência caso a sentença tenha transitado para a acusação, já que neste caso não haverá majoração da pena. No entanto, por envolver tramitações administrativas e diplomáticas, trata-se de uma hipótese de difícil aplicação prática.

IV. MEDIDAS COMPULSÓRIAS DE RETIRADA

Apesar das medidas compulsórias de retirada não constituírem uma sanção penal, mesmo que acessória, elas possuem, inclusive historicamente, uma relação com a prática de crimes. Trata-se, ainda, de um tema que sofreu alterações significativas com a Lei de Migração, a qual diminui de forma considerável a discricionaridade do Poder Executivo na aplicação destas medidas.

Para fins desse artigo, vamos nos restringir à deportação e à expulsão, deixando de

---

[558] GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado*. 2017. 307 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASNHHC>. Acesso em: 9 jan. 2020. p. 288.

lado a extradição. A deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional (art. 50). Refere-se, portanto, àquelas hipóteses em que o imigrante ingressou no país em desacordo com as regras de entrada ou, uma vez no território de forma regular, passou para o status irregular. Como regra, a deportação deve ser feita para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou do visitante, ou para outro país que o aceite, em observância aos tratados de que o País seja parte.

Já a expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado (art. 54). É uma medida mais grave que a deportação, pois não está vinculada a uma mera irregularidade migratória, mas sim a prática de algum ato considerado grave pelo ordenamento. Daí porque, ao contrário da deportação, que permite o reingresso do imigrante assim que sanados os problemas formais, a expulsão possui um prazo de impedimento[559].

No Estatuto do Estrangeiro a expulsão fundamentava-se na prática de ato contrário à segurança nacional, à ordem política ou social, à tranquilidade ou moralidade pública e à economia popular, ou quando o imigrante se tornasse "nocivo à conveniência e aos interesses nacionais" (art. 65 da Lei º 6.815/80). Eram cláusulas abertas, muito ligadas ao paradigma securitário da legislação anterior e que davam muitos poderes discricionários para a expulsão, ainda que na prática a principal causa fosse, ao menos após a Constituição Federal de 1988, a prática de crimes.[560]

A nova Lei de Migração diminui consideravelmente a margem de discricionariedade ao dispor que poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado pela prática de: *a*) crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; *b*) crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional (art. 54).

A hipótese constante no art. 54, II, da Lei de Migração é que possui maior relevância prática, de modo que vamos nos deter um pouco em sua análise. O tema, infelizmente, não foi regulamentado de forma detalhada pelo Decreto nº 9.199/17, o qual se limitou a reproduzir o texto legal no art. 192. A intenção do regulamento parece ter sido fazer com que a avaliação da gravidade e da possibilidade de ressocialização seja feita no decorrer da instrução do inquérito de expulsão, o qual fornecerá subsídios para a decisão a ser tomada pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública (art. 195, § 1º, do Decreto nº 9,199/17). Segundo o regulamento, esta decisão é tomada com base em três critérios: *a*) existência de condição de inexpulsabilidade; *b*) existência de medidas de ressocialização, se houver execução de pena; *c*) gravidade do ilícito penal cometido.

No que tange às medidas ressocializadoras, o procedimento indica que informações sobre esse ponto serão obtidas através de documento do juízo de execução penal que

559 No Estatuto do Estrangeiro, ao contrário, a expulsão era perpétua.

560 Para uma análise histórica mais pormenorizada do instituto, cf. MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração*. *Op. cit.*

ateste se o expulsando é beneficiário de medidas de ressocialização em cumprimento de penas cominadas ou executadas no território nacional, se já houver execução (art. 200, III, do Decreto nº 9.199/17). É interessar notar, neste ponto, que se o requisito da ressocialização for levado a sério, sempre que a concessão de determinado benefício for condicionada a alguma avaliação subjetiva e houver decisão positiva, a expulsão em regra ficará obstada. É o caso, por exemplo, da progressão de regime, a qual é condicionada ao bom comportamento carcerário (art. 112 da Lei de Execuções Penais). Desse modo, diante da concessão de um benefício pelo juízo da execução, o ônus do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública será maior no momento de fundamentar eventual medida expulsória.

A gravidade do delito deverá ser avaliada pelo Poder Executivo a partir dos elementos coletados no inquérito de expulsão. Afasta-se, portanto, uma avaliação que leve em consideração a gravidade em abstrato dos delitos como era feito no regime anterior. Mesmo assim algumas situações objetivamente sem gravidade jamais poderão ensejar a expulsão, como por exemplo: *a*) contravenções penais; *b*) crimes de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95); *c*) crimes que autorizem a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95); *d*) quando houver a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal); *e*) quando for fixado regime inicial aberto ou semiaberto (art. 33 do Código Penal); *f*) quando for aplicada a *sursis* (art. 77 do Código Penal).

Uma controvérsia importante refere-se à necessidade de trânsito em julgado da decisão condenatória para a deflagração do procedimento de expulsão. Segundo a Lei de Migração, a expulsão depende de trânsito em julgado (art. 54, § 1º). Todavia, de modo contrário ao texto legal, o decreto regulamentar dispôs que o procedimento de expulsão pode ser iniciado mesmo antes desse trânsito (art. 195, § 1º, do Decreto nº 9.199/17). Como não houve trânsito em julgado, pode ocorrer que o motivo indicado para a instauração do procedimento de expulsão desapareça ou se altere, gerando a inevitável declaração de nulidade de todo o procedimento[561]. Portanto, defendemos que enquanto não houver trânsito em julgado não pode ser iniciada nenhuma medida tendente à expulsão, salvo a de expulsão antecipada que será analisada em seguida.

A partir destes critérios, a intervenção do Poder Judiciário se mostra viável seja na via do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, seja no primeiro grau da Justiça Federal em ação ordinária de anulação de ato administrativo, a qual se mostra mais indicada naquelas hipóteses em que haja necessidade de maior dilação probatória. Esta intervenção não é sequer novidade, havendo inúmeros precedentes admitindo a anulação de atos expulsórios quando presentes causas de inexpulsabilidade[562] ou em algumas hipóteses

---

[561] Neste sentido: "HABEAS CORPUS. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. Aplicação da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato administrativo, ainda que discricionário, vincula-se aos motivos apresentados pela administração. Invalidade da portaria. Ordem concedida." (HC 141.925/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 23/04/2010).

[562] "ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRA. EXPULSÃO. FILHA MENOR NASCIDA ANTES DO DECRETO EXPULSÓRIO. CONVIVÊNCIA SOCIOAFETIVA. DEMONSTRA-

excepcionais.

No contexto da Lei de Migração, este controle é mais amplo, já que qualquer ato expulsório necessita ser fundamentado de acordo com a inexistência de causa de inexpulsabilidade, impossibilidade de ressocialização e gravidade em concreto do delito. Ausente um desses requisitos, poderá a expulsão ser anulada pelo Poder Judiciário tal qual ocorre com qualquer ato administrativo (Súmula 473/STF). Não há aqui, portanto, discricionariedade absoluta do Poder Executivo, devendo haver uma adequação entre o motivo que deu ensejo à expulsão e sua decretação, além da inexistência de causas de inexpulsabilidade.

Um último tema que merece ser mencionado é o da expulsão antecipada. Como regra geral, a expulsão ocorre após o término do cumprimento da pena. Todavia, do ponto de vista prático isso pode gerar todos aqueles problemas já mencionados quanto às dificuldades enfrentadas por réus, condenados e egressos estrangeiros. Além disso, nem sempre há uma perfeita harmonia entre o procedimento de expulsão e a execução penal, de modo que pode ocorrer do imigrante terminar de cumprir sua pena sem que sua expulsão já tenha sido decretada, o que culmina com essa pessoa em uma situação indocumentada e, consequentemente, vulnerável[563]. Ademais, em muitas situações a expulsão se revela uma medida mais interessante do ponto de vista da ressocialização, já que devolveria o apenado ao convívio familiar em seu país de origem e possibilitaria a diminuição dos custos com o encarceramento ou monitoramento destas pessoas.[564]

Uma solução possível é a expulsão antecipada, a qual não conta com previsão legal expressa.[565] No entanto, há margem para sua aplicação. Caso não haja ainda o trânsito em

---

ÇÃO. EXCLUDENTE DE EXPULSABILIDADE. CONSTATAÇÃO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem flexibilizado a interpretação do art. 75, II, da Lei n. 6.815/1980 para impedir a expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de drogas que possui filho brasileiro, mesmo que nascido posteriormente à condenação penal e ao decreto expulsório, no afã de tutelar a família, a criança e o adolescente, mediante a comprovação, no momento da impetração, de que o menor dependia economicamente do expulsando e com ele mantinha convivência socioafetiva. 2. Caso em que se determinou a expulsão de cidadã marroquina - condenada ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão pela prática do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 - cuja prisão se deu em 09/03/2010, em virtude da sentença. 3. A declaração de união estável, a despeito de lavrada em cartório às vésperas da impetração (24/07/2017), na qual consta a convivência da paciente com cidadão brasileiro com o objetivo de construir família desde 02/11/2012; o nascimento da filha menor em 14/11/2013, antes da expedição do decreto expulsório (DOU de 26/12/2014), e a comprovação da convivência socioafetiva da criança com a mãe estrangeira - tratando-se de dependência econômica presumida - permitem o reconhecimento de hipótese excludente de expulsabilidade. 4. A Lei n. 13.445/2017, cujas disposições fundaram o pedido liberatório, ainda aguarda o início de sua vigência, o que somente se dará após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial, que ocorreu em 25/05/2017. 5. Writ concedido." (STJ, HC 413.630/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 15/12/2017).

[563] Sobre o tema: Condenados estrangeiros vivem limbo no Brasil ao sair da prisão. **BBC Brasil.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150507_presos_estrangeiros_limbo_pai> Acesso em 28/01/2018.

[564] PARDI, Luis Vanderlei. *O Regime Jurídico da Expulsão de Estrangeiros no Brasil: uma análise à luz da Constituição Federal e dos Tratados de Direitos Humanos*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 98.

[565] O deputado federal Carlos Bezerra apresentou projeto neste sentido, o qual foi arquivado (PL 7137/2010).

julgado da decisão condenatória, pode ser colhida a anuência da defesa técnica para o início do procedimento de expulsão. Decretada a expulsão, caberia em regra ao juízo da execução liberar o expulsando para a retirada compulsória nos termos já mencionados. É possível também a fixação desta condição já no momento da sentença condenatória, autorizando desde aquele momento a expulsão diante de, por exemplo, a progressão de regime ou o livramento condicional. Não há óbices, ainda, que seja autorizada não só a expulsão antecipada, mas a própria deportação, a qual é até mesmo uma medida menos gravosa. Independentemente do modelo adotado, diante do cenário de absoluto desamparo aos egressos de origem estrangeira, a expulsão antecipada pode ser adotada como uma possível alternativa interessante inclusive do ponto de vista dos direitos humanos.

Valem, contudo, alguns alertas. A expulsão antecipada não pode ser aplicada como uma espécie de efeito secundário da pena, ou seja, decretada e executada pelo próprio Poder Judiciário, inclusive porque a expulsão é de atribuição exclusiva do Poder Executivo.[566] É necessário também que, ainda que seja autorizada a expulsão antecipada, esta não seja determinada em desacordo com o regramento imposto pela Lei de Migração ou contra a vontade do expulsando, acelerando-se o procedimento em detrimento das garantias legais.[567] Pode ocorrer, por exemplo, da expulsão não ser decretada pelo Mi-

---

[566] Neste sentido: "PENAL. REGISTRAR COMO SEU FILHO DE OUTREM. ART. 242 DO CP. ESTRANGEIRO. FAZER DECLARAÇÃO FALSA EM PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA. ART. 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DAS PENAS. PENA DE EXPULSÃO. AFASTAMENTO. 1. Devidamente configurados os delitos do art., 242 do CP e art. 125, XIII, da Lei nº 6.815/80, uma vez que o réu, estrangeiro com visto de turista no País, procedeu à falsificação em assento de nascimento, para fins de constar como pai de brasileira, como forma de instruir pedido de permanência definitiva no Brasil. 2. Igualmente comprovados os delitos de falsidade ideológica praticados por corré, consistentes em declarações prestadas em cartório, nas quais atestava suposta paternidade e dependência econômica entre pai e filha, ciente da inautenticidade do seu conteúdo. 3. Com o redimensionamento da pena, presente a possibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos. 4. Revogação da pena de expulsão determinada em sentença, diante da incompetência do juízo para fixação de tal sanção, uma vez que compete exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação, conforme determina o art. 66 da Lei nº 6.815/80." (TRF4, ACR 2002.70.00.064423-6, SÉTIMA TURMA, Relator TADAAQUI HIROSE, D.E. 15/04/2010).

[567] Raciocínio semelhante foi adotado no âmbito do TRF da 4ª Região: "(...) Expeça-se ofício ao Departamento de Migração do Ministério da Justiça, órgão competente para o processamento das expulsões, tendo em vista que o artigo 54 da Lei nº 13.445/2017, Lei de Migração, dispõe que poderá dar causa à expulsão a sentença transitada em julgado relativa à prática de crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. No ofício deverá constar em qual estabelecimento prisional o réu está preso, informação a ser obtida pela secretaria do Tribunal. Além disso, o ofício deverá ser instruído com cópia da sentença e do relatório, voto e acórdão do julgamento do recurso de apelação. Embora a Lei de Migração disponha que é necessário o prévio cumprimento da pena para a expulsão, convém registrar que, conforme dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça em agosto/2018, somente o Estado do Paraná apresenta uma taxa de encarceramento de 242, 21 presos por 100 mil habitantes, sendo a décima sexta mais alta do Brasil (...) Nesse sentido, portanto, tenho como de todo conveniente que o réu fique junto aos seus nacionais, ainda que isso importe o não cumprimento da pena imposta no Brasil, nos moldes do previsto no Decreto nº 98.961/1990, que dispõe sobre a expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes e droga afins." (TRF4, ACR 5001646-87.2019.4.04.7002, SÉTIMA TURMA, Relatora SALISE MONTEI-

nistério da Justiça e Segurança Pública diante do motivo deflagrador não ser um crime grave, como por exemplo no caso de tráfico internacional privilegiado.[568] Daí porque a autorização de deportação é uma solução interessante para estas hipóteses, já que o objetivo almejado com a expulsão antecipada será igualmente alcançado, evitando-se um desnecessário prolongamento da execução penal.

Por fim, em que pese no Estatuto do Estrangeiro houvesse previsão legal para a prisão para deportação (art. 61 da Lei nº 6.815/80) e expulsão (art. 69 da Lei nº 6.815/80), na Lei de Migração, não há um dispositivo que autorize, de forma explícita, a prisão. Há apenas o art. 48 que dispõe que "[n] casos de deportação ou expulsão, o chefe da unidade da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal, respeitados, nos procedimentos judiciais, os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal." Não há menção, contudo, a qualquer restrição de mobilidade.

Deste modo, em que pese o decreto que regulamentou a Lei de Migração traga a previsão da prisão e de diversas medidas cautelares alternativas a ser decretada pela Justiça Federal após representação da Polícia Federal (art. 211 do Decreto nº 9.199/17), à míngua de qualquer autorização legislativa, ao inovar na ordem jurídica este regulamento se mostra claramente ilegal. Esta tem sido, inclusive, a posição da jurisprudência.[569] Consequentemente, não se mostra viável a decretação de prisão para fins de expulsão ou deportação de imigrantes.

V. CONCLUSÃO

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar todas as possíveis implicações da condição de imigrante para a aplicação da lei penal. O essencial é a compreensão que o fato isolado do réu ser um estrangeiro não pode servir como um fundamento para a restrição de direitos. Os diversos princípios constitucionais e convencionais que incidem

---

RO SANCHOTENE, juntado aos autos em 27/09/2019). No caso em tela, contudo, houve a violação da necessidade de trânsito em julgado, o que só seria aceitável com a anuência da parte expulsanda devidamente assistida pela defesa técnica.

[568] De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF. Plenário. HC 118533/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 23/6/2016) e com o Superior Tribunal de Justiça (STJ. 3ª Seção. Pet 11.796-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 23/11/2016), esta hipótese não constitui um crime hediondo.

[569] "PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO COM O FIM DE GARANTIR O CUMPRIMENTO DO DECRETO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. MODALIDADE DE PRISÃO ABOLIDA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Em 21/11/2017 entrou em vigor a Lei n.º 13.445/2017 (nova Lei de Migração), em substituição ao antigo Estatuto do Estrangeiro. Com a novatio legis, a prisão com o fim de garantir o cumprimento do decreto de expulsão de estrangeiro foi abolida de nosso ordenamento jurídico, não mais havendo, pois, previsão legal para o encarceramento do ora recorrente. 2. Recurso provido para revogar a prisão decretada em desfavor do recorrente nos autos n.º 0004804-77.2017.4.03.6181, da 8.ª Vara Federal Criminal de São Paulo." (STJ - RHC 91.785/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018). Esta também foi a conclusão do I FONADIRH organizado pela AJUFE, no qual chegou-se ao seguinte texto: "Enunciado 2: Não se admite prisão para fins de deportação ou expulsão uma vez que não há previsão na Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração), não sendo o decreto via adequada para tanto."

sobre o Direito Processual Penal apontam para a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, de modo que ainda que a condição de estrangeiro possa ser um dos fundamentos para a tomada de decisões no contexto da aplicação da lei penal, isto deve ser feito de forma a não violar dos direitos fundamentais deste grupo.

VI. REFERÊNCIAS

ACOSTA, Diego. *The national versus the foreigner in South America: 200 years of migration and citizenship law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2014.

CHIARETTI, Daniel. Impactos da nova Lei de Migração na atividade jurisdicional. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 10, n. 4, p.289-331, nov. 2018.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *A transferência da execução penal para o país do condenado.* 2017. 307 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASNHHC>. Acesso em: 9 jan. 2020.

LOPES Jr., Aury. *Prisões cautelares.* 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil.* São Paulo: Ibccrim, 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; PIRES JUNIOR, Paulo Abrão; GRANJA, João Guilherme de Lima; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Lei de migrações propõe acabar com legado da ditadura sobre o tema.* 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-04/lei-migracoes-propoe-acabar-legado-ditadura-tema>. Acesso em: 14/12/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PARDI, Luis Vanderlei. *O Regime Jurídico da Expulsão de Estrangeiros no Brasil: uma análise à luz da Constituição Federal e dos Tratados de Direitos Humanos.* São Paulo: Almedina, 2015.

RIVITTI, Nara de Souza. *Criminalización de mujeres extranjeras en Brasil.* 2014. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, crime & sovereign power. *The American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p.367-419, 13 dez. 2006.

CAPÍTULO XIII

CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

DANIEL DIAMANTARAS DE FIGUEIREDO

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/PT. Professor de Direito Processual Penal. Defensor Público do Rio de Janeiro.

DENIS SAMPAIO

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/PT. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Professor de Direito Processual Penal; Defensor Público do Rio de Janeiro. Membro Honorário da Comissão Criminal do IAB.

CAPÍTULO XIII – CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

A CADEIA DE CUSTÓDIA NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA PENAL

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal tem sido submetido a uma série de reformas na última década, sendo as mais relevantes feitas pelas leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008. Neste momento, passa-se por mais uma alteração legal advinda de um pacote de medidas (denominado "pacote anticrime").

Após o trâmite pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, o Presidente da República sancionou o Projeto de Lei 6.341/2019[570], estando em vigor, portanto, a Lei 13.964/2019[571]. Entre outras alterações legais no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, objeto de outros artigos que compõem esta obra, a presente pesquisa teve como propósito analisar a cadeia de custódia da prova no processo penal, cujas normas foram incluídas pela novel lei.[572]

Trata-se de tema de extrema relevância para a produção da prova penal, cujo estudo, imprescindivelmente, passará pela análise da epistemologia jurídica.

Impulsionadas pelos avanços científicos e tecnológicos, as provas periciais hoje ocupam um lugar de destaque e relevância dentro do processo criminal, possuindo em seus resultados um grau elevado de confiança pelo senso comum e também pelas autoridades públicas, o que acarretam problemas diante da ausência de uma perspectiva crítico-racional, principalmente por parte dos julgadores. A falta de controle da validade e confiabilidade e, por conseguinte, o ingresso no processo de dados incorretos ou exagerados conduzem ao aumento do risco de erro nas decisões judiciais.[573]

Atento a esta nova realidade de inovações, o legislador incluiu o programa da cadeia de custódia, criando normas procedimentais para registrar, rastrear e controlar todo o caminho do vestígio objeto da prova pericial, além de determinar a estruturação das organizações responsáveis pelo tratamento e preservação da prova, a fim de aumentar a qualidade desta.

Tais normas estão preconizadas nos artigos 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, contendo a definição do instituto e todo o procedimento a ser adotado para manipular o elemento probatório.

A seguir, além das normas legais, sem a pretensão de exaurimento da matéria, serão

---

[570] Confira PL 10.372/18, PL 10.373/18 e PL 882/19 (este último encaminhado pelo Poder Executivo).

[571] Alguns artigos estão com a eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal, aguardando a apreciação pelo Plenário da Corte (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

[572] Importante registrar que, antes da previsão legal, a cadeia de custódia era regulada por normas infralegais, como, por exemplo, a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça.

[573] GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prólogo In VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 13-15.

analisados o conteúdo da cadeia de custódia, seus objetivos, nuances, importância para a atividade probatória penal e para decisão judicial.

Para dar conteúdo à análise normativa, necessário se faz uma introdução a partir de breves comentários acerca de alguns institutos, tais como epistemologia jurídica, verdade e incertezas, erro, prova, sistema de valoração judicial da prova, etc.

1. PREMISSA TEÓRICA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS

Parte da doutrina tem se ocupado do estudo da epistemologia, aplicando-a ao direito. Trata-se do estudo do conhecimento que vai repercutir, no âmbito do direito processual penal, na atividade probatória, na investigação sobre ocorrência do fato e na valoração feita pelo julgador.

Como o conhecimento se trata de uma relação subjetiva e o resultado ser sempre uma imagem do objeto, com grandes dificuldades de total coincidência com este, o processo de conhecimento[574] está eivado de imperfeição e provisoriedade.[575] Note-se que o sujeito acessa apenas parte da realidade (objeto), e não sua totalidade, que é muito mais complexa e ampla, sendo inacessível à capacidade de compreensão humana. Assim, o conhecimento puro ou verdadeiro é inatingível para o ser humano diante da natural limitação de sua cognição.

Nada obstante esta infalibilidade e a aceitação de que é impossível obter o conhecimento total da verdade, se torna de difícil alienação o trabalho com uma teoria do conhecimento no processo penal[576], principalmente no campo probatório.

Dentro do processo, crê-se na representação da verdade como condição para uma decisão justa.[577] Defende-se, ainda, que a verdade pode ser buscada na seara judicial da mesma maneira que pode ser descoberta em outras áreas do conhecimento e da experiência humana.[578]

Contudo, o discurso sobre a verdade real, ainda defendida por muitos e por vezes citada em decisões judiciais, é inatingível diante da limitação e falibilidade da cognição humana[579], como visto acima.

---

[574] Conhecimento "é a palavra que designa uma relação, havida entre um sujeito que conhece, ou sujeito cognoscente, e um objeto que é conhecido, sendo usada, também, para designar o resultado dessa relação, como tal entendida a imagem construída pelo sujeito a respeito do objeto". MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência*: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38. Cf. também HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

[575] MACHADO SEGUNDO. *O direito e sua ciência, op. cit.*, p. 39. "(...) A cada nova análise, a cada novo exame do objeto, a imagem que se tem dele é sujeita a ratificações ou a retificações".

[576] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 123.

[577] O fato de num processo acusatório as partes terem um papel relevante na produção da prova e na argumentação, não se abandonou a busca dessa condição (cf. BADARÓ. *Epistemologia judiciária, op. cit.*, p. 66).

[578] TWINING, W. *Rethinking evidence*. Exploratory essays. Oxford: Blackwell, 1990, p. 178, 192-199.

[579] POPPER, Karl. Verdade e aproximação da verdade. In MLLER, David (org.). *Textos Escolhidos*

Sabe-se que a defesa da busca por uma verdade não se trata de alcançar uma que seja absoluta no sentido de se atingir um conhecimento que corresponda exatamente à realidade dos fatos históricos[580], mas sim uma verdade objetiva, ou seja, "em que o parâmetro da correspondência do conhecimento é a realidade dos fatos empiricamente constatável".[581]

Saliente-se, entretanto, que o objeto do processo não é descobrir a verdade como elemento primordial, mas determinar se a formulação das hipóteses acerca de um fato apresentadas pela parte foi comprovada.[582] De fato, o processo tem natureza cognitiva, tendo esta atividade voltada para a produção da prova que corroborará ou refutará aquelas hipóteses trazidas pelas partes no processo. Para tanto, levará em consideração um *standard* probatório e aplicará as respectivas normas probatórias.[583]

Registra-se, todavia, que não é o único objetivo do processo a averiguação da verdade, mas também assegurar os direitos e garantias do acusado na persecução penal[584] (dimensão democrática), convergindo para uma "verdade processualmente válida"[585].

Popper. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2016, p. 183.

[580] Na medida em que esse resultado se caracterize, na maioria das vezes, como impossível em decorrência dos múltiplos observadores e vários componentes que interferem na busca e resultado. Cf. POPPER, Karl. *Conjectura e refutação*. O progresso do conhecimento científico. Tradução Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: UNB, 2008, p. 251. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25-26. "Na melhor das hipóteses, a ideia geral de verdade pode ser concebida como uma espécie de "ideal regulador", ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real de mundo." (*Idem*, p. 26).

[581] BADARÓ. *Epistemologia judiciária, op. cit.*, p. 123. "Não será possível ao julgador afirma, com absoluta certeza, do ponto de vista racional, que um enunciado fático é verdadeiro, porque corresponde à realidade dos acontecimentos. Sendo a conclusão da inferência probatória sempre apenas provável – no sentido probabilístico – a certeza que se obtém por meio de tal inferência probatória nunca será uma certeza lógica, sempre havendo, uma margem – maior ou menor, para o erro. Mas é possível com uma probabilidade lógica, considerar racionalmente que um enunciado fático é preferível a outro com ele incompatível ou mesmo apenas divergente, diante da maior corroboração do primeiro". (*Idem*, p. 124).

[582] MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 213.

[583] Idem , p. 213.

[584] FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoracion racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 31. DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New haven-London: Yale University Press, 1997, pp. 12-17.

[585] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, vol. I. Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 194. MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 20, nº 4, (out.-dez), 2010, p. 565 (pp. 555-578) – "Assim, a reconstituição que se vai fazer dos factos não é uma reconstituição histórica dos factos mas uma reconstituição judicial em que vai ser declarado o que é verossímil que tenha sido verdade"). CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. IN *Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, p. 366 – essa reconstituição dos fatos "não pode escapar à subjectividade não só do juiz, mas também de cada um dos indivíduos que intervém, seja como testemunhas, peritos etc, no processo dirigido a esclarecer o que sucedeu exactamente num momento que, por não ser já presente, não pode ser captado em toda a sua plenitude" (p. 366). GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES,

Quanto ao *standard* probatório acima referido, pode-se sustentar que este também se relaciona com o estudo da epistemologia e da prova, significando a medida a partir da qual se considerará uma hipótese necessariamente provada, justificada e, por conseguinte, judicialmente verdadeira. Ato contínuo, deve-se ter em mente que o grau de corroboração (comprovação) de uma hipótese sobre os fatos vai depender da prova produzida e, em especial, da sua qualidade e confiabilidade. Estas duas características serão obtidas, entre outros métodos, pelo devido procedimento da cadeia de custódia.

Outrossim, com o objetivo de diminuir os erros judiciais com a proliferação de decisões injustas e, portanto, seguir a linha da proteção ao inocente, vital será sempre produzir provas confiáveis e submetidas ao imprescindível controle, através da cadeia de custódia. Aliás, toda teoria da prova deve ser dirigida a este fim: evitar erros judiciários nos julgamentos e proteger o cidadão inocente.

Em breves palavras, a cadeia de custódia das provas é um procedimento contínuo e documentado para demonstrar a autenticidade das provas. Trata-se de um compromisso epistêmico em manter o material colhido com mais força, credibilidade e qualidade probatória.

O objetivo, portanto, é promover uma produção probatória que comprove ou não as proposições fáticas contidas na imputação penal com exatidão (*"accuracy"*[586]), valendo-se para tanto de elementos confiáveis, a fim de assegurar um julgamento correto e sua respectiva validade gnosiológica, em que não haverá um risco (ou pelo menos este será mínimo como pretensão do *due process of law*) de um inocente ser condenado.[587]

Toda justificação, portanto, da inclusão no Código de Processo Penal de normas sobre cadeia de custódia encontra respaldo no estudo da epistemologia jurídica, uma vez que este, aplicado no campo processual penal, permite uma melhor qualidade na transmissão do conhecimento sobre os fatos analisados (corroborando ou não as proposições apresentadas pelas partes) a partir da prova penal produzida, dotando-a de uma maior eficácia e força comprobatória.

A observância da cadeia de custódia é, pois, um importante *filtro epistemológico* na qual as provas relevantes para esclarecer as hipóteses fáticas contidas na imputação serão preservadas, passando credibilidade e legitimando as decisões judiciais e, numa visão ampla, o próprio poder punitivo do Estado.

Tendo como pressuposto teórico necessário a incerteza, o erro e a busca do direito à prova lícita para uma decisão justa, passar-se-á, nos próximos capítulos, aos estudos da novidade legislativa, analisando as normas incluídas no diploma processual.

Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 129-132.

586 Nos Estados Unidos, a importância dada à *confiabilidade* é analisada sob o ponto de vista de uma política intrínseca (*"intrinsic policy"*), preocupada em assegurar o máximo possível de credibilidade de um elemento de prova. Trata-se de uma preocupação em evitar erros no julgamento por parte do julgador com uma análise equivocada de elementos não-confiáveis.

587 DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1986, p. 72. EPPS, Daniel. The consequences of error in criminal justice. *Harvard Law Review*, vol. 128, nº 4, pp. 1065-1151, 2015, p. 1069.

2. CONCEITO, SENTIDO E ESTRUTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS

Conforme definição legal atualmente prevista no Código de Processo Penal, a cadeia de custódia é "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte" (art. 158-A, caput, CPP).[588]

Na doutrina especializada sobre perícia criminal, Domingos Tocchetto diz que: "Cadeia de custódia, no âmbito da perícia criminal, é a aplicação de uma série de procedimentos destinados a assegurar a originalidade, a autenticidade e a integridade do vestígio, garantindo assim a idoneidade e transparência da prova técnica."[589]

O tema não passou despercebido pela doutrina jurídica, em especial Geraldo Prado quando afirma que a "cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório ao coloca-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória."[590]

Nessa linha, trata-se de um meio de preservação dos elementos probatórios e de toda a cadeia cronológica destes, garantindo que determinado vestígio do crime colhido inicialmente seja o "mesmo" que servirá como base da decisão judicial[591], a fim de assegurar a fiabilidade de todo conhecimento produzido a partir da produção da prova penal.

Isto é importante principalmente quando se produz exames de DNA, interceptação telefônica e telemática[592], análise de entorpecente, etc no curso da investigação.

O propósito é impedir a manipulação do vestígio para incriminar ou isentar alguém de pena, forjando ou eliminando algum elemento, não se limitando, porém, a este ponto referente à conduta de determinado agente estatal. Importa, assim, ultrapassar a análise do elemento subjetivo de boa-fé ou má-fé do agente e priorizar "critérios objetivos empi-

---

[588] Note-se que a maioria das normas agora incluídas no CPP já existiam de forma infralegal, às quais se baseou o legislador reformador. O conceito da cadeia de custódia, por exemplo., consta do anexo I, Portaria 82, de 16 julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça ("1.1. Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.")

[589] TOCCHETTO, Domingos. *Balística forense. Aspectos técnicos e jurídicos.* 9. ed. Campinas: Milennium, 2018, pp. 4.

[590] PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[591] URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. *La Cadena de Custodia en el nuevo Codigo de procedimiento penal.* Disponível em https://fundacionluxmundi.com/custodia.php#1. Acesso em 14 dez 2019. Ainda, PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal.* 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

[592] Sobre este item específico, ver STJ, HC 160.662/RJ, 6ª Turma, Ministra Relatora Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, DJe 17/03/2014; STJ, REsp 1.795.341/RS, 6ª Turma, Ministro Relator Nefi Cordeiro, julgamento em 07/05/2019, DJe 14/05/2019, STJ, RHC 77836/PA, 5ª Turma, Ministro Ribeiro Dantas, julgamento em 05/02/2019, DJe 12/02/2019. E o comentário aprofundado do acórdão e suas consequências legais em PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos,* op.cit.

ricamente comprováveis".[593] O principal é que haja um procedimento, tal como incluiu a reforma pela Lei 13.964/2019, para preservar o vestígio e todo seu trâmite, dando confiabilidade a ele.[594]

Em outras palavras, o propósito é restar demonstrado que determinada prova refere-se àquele determinado crime e que o elemento informativo foi colhido no local do crime e sua natureza e condição originais foram preservadas ao longo de todo o período de custódia da prova. Desta forma, manter-se-á a veracidade/autenticidade do elemento probatório, permitindo seu ingresso de forma válida em juízo e tornando o procedimento mais transparente.[595]

Daí poder-se extrair alguns elementos da cadeia de custódia: (i) registro documental (arts. 158-A, caput; 158-B, inciso III, CPP); (ii) rastreabilidade (arts. 158-A; 158-B; 158-E, §§2º, 3º e 4º, CPP) e (iii) integridade (art. 158-C, §1º, CPP).

O primeiro decorre do princípio da documentação previsto no caput, do artigo 158-A ("...todos os procedimentos utilizados para manter e *documentar* a história cronológica do vestígio coletado..."), sendo um dos pontos principais da cadeia de custódia para manter sua fidelidade.

A partir deste primeiro elemento, é possível assegurar o segundo – a sua rastreabilidade –, permitindo que se refaçam todos os passos da cadeia de custódia, identificando todas as pessoas que tiveram acesso e verificando eventuais quebras desta. Por sua vez, a integridade é outro elemento de suma importância, que confere segurança e confiabilidade da prova apresentada em juízo, garantindo que não houve alteração em suas características físicas, químicas ou biológicas.[596]

---

[593] LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal. Acesso em 08 jan 2020.

[594] O Departamento Nacional de Justiça dos Estados Unidos elaborou um guia dos procedimentos para cadeia de custódia desde a preservação do local até análise pericial. Cf. UNITED STATES GOVERNMENT. *Crime scene investigation*: a guide for law enforcement. 2000. Disponível em https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178280.pdf. Acesso em 11 jan 2020.

[595] A justificativa do PL 10.372/2018, que tramitou em apenso ao PL 10.373/2018 e PL 882/2019, os quais deram origem a Lei 13.964/2019, assim dispõe: "A disciplina da cadeia de custódia para maior eficiência da perícia criminal e consequente combate a criminalidade também é essencial. A cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial. A garantia da cadeia de custódia confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, consequentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório. Com a criação de centrais de custódia, é possível garantir que os materiais relacionados a crimes estarão sempre à disposição da polícia e da Justiça quando for necessária a realização de novas perícias a fim de dirimir dúvidas que surjam no decorrer do inquérito policial ou processo criminal."

[596] DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia*: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. Revista dos Tribunais, vol. 883, ano 98, 2009, pp. 436-451, p. 446. Interessante o julgamento do STJ, no HC 160.662, no tocante à prova eletrônica e a conservação da prova em sua integralidade e que o desaparecimento de parte da prova torna-a imprestável, impossibilitando a defesa de confrontá-la, mediante o acesso integral do material (cf. voto do Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz).

Frise-se que a nova lei trouxe o conceito de vestígio como sendo "todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal", conforme artigo 158-A, §3º, do Código de Processo Penal.

Insta apontar que a abordagem normativa abrange tanto elementos físicos/materiais como eletrônicos/imateriais. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, antes mesmo da nova lei e de forma inédita, sobre a cadeia de custódia envolvendo elementos de prova de meio eletrônico.[597]

Os vestígios são obtidos, a princípio, no local dos fatos ou na cena do crime, iniciando-se a partir deste momento a cadeia de custódia. Neste primeiro momento, os responsáveis pela investigação (ou até mesmo a polícia militar) devem resguardar o local até a chegada da perícia que vai colher os materiais e objetos existentes, os quais serão embalados e rotulados para posteriormente serem armazenados e preservados.

Neste sentido, o artigo 158-A, §1º, do CPP preconiza que o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local dos fatos ou com procedimentos policiais ou periciais em que seja averiguada a existência de vestígio.[598]

O artigo 6º do Código de Processo Penal já determinava que a autoridade policial, logo que tiver ciência da prática de uma infração criminal, deverá (i) se dirigir ao local do crime, preservando-o até a chegada dos peritos criminais (inciso I, do art. 6º); (ii) apreender os objetos que tiverem relação com o fato após liberação dos peritos (inciso II, art. 6º) e (iii) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (inciso III, art. 6º).

Agora, com a nova previsão legal supra indicada, complementando a norma do artigo 6º, o legislador deixa expressamente consignado o *início* da cadeia de custódia, o que será relevante para fins de análise de sua manutenção ou quebra desde então.

No primeiro caso trazido pela norma do artigo 158-A, §1º (preservação do local), o responsável pela custódia será da autoridade policial. Com a chegada os peritos, a responsabilidade sobre os vestígios passam a ser destes e, somente após a liberação por parte dos peritos, a autoridade policial procede com a apreensão dos objetos.[599]

Impende salientar que o início da cadeia de custódia não se inicia somente com

---

[597] STJ, HC 160.662/RJ, 6ª Turma, Ministra Relatora Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, DJe 17/03/2014: "(...) X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas (...)".

[598] Esta previsão já existia, de forma infralegal, no anexo I, Portaria 82, de 16 julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça ("1.2. O início da cadeia de custódia se dá com a preservação do local de crime e/ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.")

[599] Cf. também DIAS FILHO. *Cadeia de custódia. op. cit.*, p. 443.

a chegada da autoridade policial, mas, em alguns casos, quando um policial (civil ou militar), receber algum material relacionado a algum suposto crime, o qual deverá, a partir de então, aplicar os procedimentos da cadeia de custódia.[600]

É lícito afirmar que a cadeia de custódia poderá ter início também quando a defesa tiver acesso ao local do crime, devendo preservar o local e documentar o que foi constatado. No entanto, tal conduta não está prevista na Lei 13.964/19, sendo apenas uma sugestão de *lege ferenda*.[601]

Merece destacar, ademais, que os vestígios coletados no curso do inquérito policial ou durante o processo devem ser remetidos à central de custódia (art. 158-C, § 1º, CPP), estruturada nos institutos de criminalística e com gestão vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal (art. 158-E, CPP).

Os vestígios serão coletados preferencialmente por perito oficial que encaminhará os vestígios para a central de custódia, ainda que seja necessário realização de exames complementares (art. 158-C, *caput*, CPP).

O artigo 158-C não especificou o número de peritos, mas o artigo 159, alterado pela Lei 11.690/2008, dispõe que os exames periciais serão feitos por 1 (um) perito oficial e, na falta deste, o exame será feito por 2 (duas) pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica (art. 159, §1º, CPP).[602] Lembre-se, ainda, que os peritos não oficiais deverão prestar o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (art. 159, §2º, CPP).[603]

O termo usado no artigo 158-C "preferencialmente" indica que será possível que o perito não seja oficial. Este não se trata do funcionário público que atua especificamente sob determinação da autoridade policial ou judiciária, mas uma pessoa, portadora de diploma de curso superior, que será nomeada pelo juiz ou Delegado de Polícia para realização de determinada perícia.

No tocante à central de custódia, caso esta não tenha espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal (art. 158-F, parágrafo único, CPP).

As centrais de custódia devem ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio (art. 158-E, §1º, parte final, CPP), no entanto, é sabido que, atualmente, os postos periciais do Brasil funcionam em locais inadequados sem condições de segurança e estrutura física.[604]

---

600 Neste sentido, ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível*: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3ªed. Campinas: Millenium, 2009, p. 165.

601 Nesse sentido, SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 548-549.

602 Sem olvidar de previsões existentes em outras leis, tais como a Lei 11.343/2006 e no Código de Processo Penal Militar (CPPM).

603 Note-se que, antes dessa alteração, eram necessários 2 (dois) peritos oficiais e na falta destes por 2 (duas) pessoas idôneas.

604 MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. *Revista*

Como se vê, apesar da existência de norma infralegal (Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/ Ministério da Justiça) prevendo a criação e estruturação da central de custódia desde 2014, fato é que não houve investimento na criação destes órgãos. Espera-se que, com a inclusão das normas no Código de Processo Penal, haja um incentivo maior para estruturação de tais centrais, sob pena de ilicitude das provas em caso de quebra da cadeia de custódia,

O §2º, do artigo 158-C diz que é proibida a entrada nos locais preservados para coleta dos vestígios e remoção de qualquer elemento antes da liberação por parte do perito. Tal previsão já vinha de certa forma no inciso II, do artigo 6º, do CPP que prevê que a autoridade policial só poderia apreender os objetos após a liberação do perito, porém esta norma se dirigia à autoridade policial.

Esta nova previsão específica dirige-se a qualquer um que violar a determinação normativa, sendo a conduta tipificada como fraude processual. De toda forma, nada impedia que, mesmo antes da reforma, alguém pudesse responder pelo crime de fraude processual quando a conduta se enquadrasse no tipo penal do artigo 347 do Código Penal.

Não trouxe o legislador qual seria o *termo final* da cadeia de custódia, indicando apenas no artigo 158-A do CPP que será até o descarte. No entanto, tal previsão não se revelou suficiente, devendo ser melhor desenvolvida. Há autores da área pericial que defendem que a cadeia de custódia encerra com a apresentação do material físico em juízo.[605]

Entende-se, porém, que o final da cadeia de custódia será o julgamento do caso, quando o juiz tomar sua decisão sobre a veracidade ou não dos enunciados fáticos trazidos pelas partes e responsabilidade do acusado. Note-se que aqui inclui o trânsito em julgado da decisão[606], eis que, até o final do processo, poderão as partes ter interesse em realizar alguma contraprova ou diligência com os vestígios coletados (art. 158-B, inciso IX, CPP)[607].

Criminalística e Medicina Legal, vol. 1, nº2, 2017, pp. 8-12, p. 11. Em pesquisa trazida pela referida autora, "a maioria das unidades de Criminalística relata não haver rastreabilidade das evidências, apontando a inexistência de procedimentos da cadeia de custódia. Foi explicado inclusive que em alguns estados os vestígios não eram lacrados quando coletados nos locais de crime e que não há um lugar seguro para a guarda dos vestígios. A maioria das Unidades de Criminalística e Medicina Legal pesquisada não possuía um sistema que monitorasse a custódia de vestígios." Cf. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil*. Brasília, 2012. Disponível em https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/2diagnostico-pericia criminal.pdf/view. Acesso em 11 jan 2020.

[605] GIANNELLI, Paul. Forensic Science: chain of custody. *Criminal Law Bulletin* 32, vol. 5, New York: Thomson/West, 1996, p. 447.

[606] Neste sentido, ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível*: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3ªed. Campinas: Millenium, 2009, p. 165; DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia*: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. Revista dos Tribunais, vol. 883, ano 98, 2009, pp. 436-451, p. 444. MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, nº 1, pp. 277-300, jan./abr., 2018, p. 282.

[607] Tema a ser analisado, com mais profundidade, diz respeito à permanência da cadeia de custódia após a decisão transitada em julgado para efeitos de revisão criminal.

Uma questão interessante e que merece críticas é a seguinte: o inciso X, do artigo 158-B, do CPP dispõe que o descarte do vestígio respeitará a legislação vigente. Por sua vez, a lei de drogas, no §3º, do artigo 50, determina que "Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo." Como se vê, apesar da destruição das drogas apreendidas, será resguardada uma amostra para fins de confecção do laudo definitivo. No entanto, isso não será suficiente, tendo em vista que é importante, além de averiguar de qual droga se trata, apurar a quantidade apreendida. Nada obstante constar tal informação no auto de apreensão, em caso de necessidade de realização de contraprova com relação à quantidade, a droga não estará mais disponível, o que gera prejuízos à defesa.

O mesmo deve se aplicar às apreensões de rádio comunicador (muito comum na prática) nas imputações do crime de associação ao tráfico de drogas (art. 35, Lei 11.343/06) e do crime de colaboração, como informante, com tráfico (art. 37, Lei 11.343/06), de sorte que tal elemento deverá ser periciado para averiguar seu funcionamento e preservado para possibilitar que a defesa realize as diligências que entender necessárias.

Outro ponto no tocante à lei de drogas, é que, com advento da Lei 13.964/19, torna-se necessário descrever onde a droga foi encontrada (em qual cômodo da casa, mochila, bolsa, gaveta, etc), nos termos do inciso III, do artigo 158-B, do CPP.[608]

Não obstante a conceituação expressa na legislação vigente, necessária a análise individualizada das etapas intermediárias da cadeia de custódia, uma vez que também figuram como delimitação normativa.

3. ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA – A HISTÓRIA DA PROVA TÉCNICA

No corpo da inovação legislativa, o que deixa claro é a preocupação com a conceituação de todo o procedimento destinado à produção fiável da prova técnica[609]. Logo, a confiabilidade desse elemento probatório se caracteriza pelos procedimentos de coletas, documentação, armazenamento, manuseio e manutenção do material probatório a ser futuramente valorado pelo julgador. Consequentemente, além da história cronológica devidamente documentada do vestígio coletado[610], torna-se extremamente importante as etapas individualizadas para serem regularmente observadas (procedimentos probatórios[611]), sob pena de violação à estrutura normativa e a consequente ineficácia da prova,

---

[608] "Art. 158-B. (...) III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento."

[609] Muito embora a cadeia de custódia deva ser aplicada a qualquer fonte de prova (por exemplo, cadeia de custódia para elementos "imateriais" como a captação de conversas telefônicas ou ambientais), não obstante a referência direta à prova científica.

[610] Reconhecida a cadeia de custódia como registro ou documentação da conservação dos materiais sensíveis à demonstração do fato criminoso. TONINI, Paolo e CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali.* Milano: Giuffrè, 2012, p. 334.

[611] Instituído pelo princípio da formalidade jurídica do procedimento penal, cf. PRADO. *Prova penal*

caracterizada pela quebra da cadeia de custódia.

Nessa linha, imprescindível se mostra o desenvolvimento da obtenção dos elementos sensíveis deixados pelo crime e, consequentemente, a produção da prova técnica. Tanto o procedimento quanto a produção resultarão na regularidade/legalidade do elemento probatório a ser valorado pelo julgador.

O início do conjunto de procedimentos da cadeia de custódia ocorre pela preservação do local do crime nos termos do artigo 158-A, §1º, CPP. Na realidade, como dito antes, o ato de comparecimento e preservação do local do crime já se encontra previsto no art. 6º., I e II, CPP. Contudo, o dispositivo em questão apenas faz referência à atividade policial, não havendo uma estrutura normativa e prática quanto ao início do procedimento que enseja a cadeia de custódia.

Não obstante a delimitação da cadeia de custódia estar descrito na prova pericial, logo atividade técnica realizado pelos *experts*, deve-se observar que o procedimento não se mostra exclusivo ato do perito, mas o início da cadeia de custódia se dá pela atividade policial ostensiva e, principalmente, investigativa. Para a polícia ostensiva haverá a função de preservação e isolamento do local a ser analisado e/ou a coleta dos elementos sensíveis e relevantes para a prova de um fato criminoso e sua autoria. Já a polícia investigativa terá a atribuição de resguardar o início e a regularidade do procedimento da cadeia de custódia. Logo, todo o cuidado com a cadeia de custódia tem o seu início com a atividade policial, antes mesmo da atuação do perito criminal.

Se no momento da preservação do local do fato houver qualquer atividade policial que tenha obstado a regularidade da atividade probatória, a cadeia de custódia estará comprometida e, logo, a sua quebra resultará na inadmissibilidade ou ausência de credibilidade da atividade probatória.

O objetivo da diligência investigativa resulta na obtenção de todas as informações possíveis para a apuração da ocorrência de uma infração penal e, consequentemente, o seu autor. Nessa linha, para que não haja perda de informações ou elementos probatórios, o agente público policial e os peritos, que reconhecerem um elemento que tenha potencial interesse para a produção da prova pericial, ficarão responsáveis por sua preservação (art. 158-A, §2º., CPP).

Se a regularidade dos procedimentos destinados à cadeia de custódia traduz a sua própria categorização, torna-se coerente e claro que qualquer distúrbio à sua estrutura gerará uma ruptura quanto à legalidade, ou seja, a quebra da cadeia de custódia. Logo, a atenção dar-se-á desde o início, tornando-se proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável. A inobservância dessas proibições poderá ser tipificada como fraude processual (art. 158-C, §2º., CPP)[612].

---

e sistema de controles epistêmicos, op. cit, p. 87.

[612] Esse dispositivo segue em consonância com o art. 6º., I, CPP (*Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais*) e art. 169 (*Para efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquema elucidativos*).

Para além da questão penal, caso haja qualquer distúrbio ao procedimento de isolamento, os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos (art. 169, § único, CPP).

Objetivando a regulamentação da cadeia de custódia, tema deveras discutido na doutrina, mas com pouca ou quase nenhuma observância prática em âmbito nacional, a Lei 13.964/19, em seu artigo 158-B, delimitou as etapas do rastreamento dos vestígios decorrentes da infração penal.

O prosseguimento das etapas segue pela seguinte ordem:

Reconhecimento - A atividade investigativa, ou mesmo a polícia ostensiva, que se depara com o fato deve tentar analisar todas as circunstâncias geradoras e geradas pelo ato criminoso. Diante deste quadro, o reconhecimento do vestígio é caracterizado pelo ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial. Muito embora o reconhecimento esteja caracterizado como uma das etapas da cadeia de custódia, não é uma atividade intrínseca da mesma, mas uma análise extrínseca que indicará a importância do consequente procedimento de obtenção da prova.

Isolamento – A segunda etapa da cadeia de custodia é caracterizada como ato intrínseco à mesma, na medida em que tem como objetivo a preservação dos vestígios a serem coletados e processados pelos peritos e o local dos fatos. Logo o *isolamento* é o ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime.

Fixação – Para que haja a coleta de forma regular, a investigação deve se preocupar com todos os elementos que farão parte da prova técnica. Por isso, a *fixação* é caracterizada pelo ato de descrever, de forma detalhada, os vestígios conforme se encontram no local do crime ou no corpo de delito, e sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento *in locu*.

Coleta – Talvez seja a principal etapa da cadeia de custódia, na medida em que limitará a atividade técnica, pois do que não restou coletado não será possível o retorno imaculado do trâmite procedimento, em decorrência da própria quebra da cadeia de custódia. Logo, a *coleta* é o ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, com respeito à sua natureza e características. Não havendo a *coleta* de todos os elementos, chances ocorrerão da perda da prova técnica sobre alguns elementos relevantes para a comprovação do fato.

Acondicionamento – O cuidado com a cadeia de custódia deve ocorrer desde o início das etapas até a sua valoração ou a prova da regularidade do procedimento. Por isso, *acondicionamento* regular resultará na possibilidade de manipulação sem riscos de contaminação com elementos externos aos vestígios. Assim, o *acondicionamento* se conceitua pelo procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a *coleta* e o *acondicionamento*.

Na disposição do art. 158-D, CPP, o recipiente de acondicionamento do vestígio dependerá da natureza do material. Há um procedimento específico para o acondicio-

namento com o objetivo garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio coletado e transportado. Como cada vestígio deve ser acondicionado de forma individualizada, o recipiente deverá preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, e espaço próprio para o registro das informações sobre o seu conteúdo.

Como haverá manipulação dos vestígios pelos peritos, os lacres específicos dos recipientes deverão ser rompidos para a análise daqueles. Para prevenir equívocos nessa etapa da cadeia de custódia, após cada rompimento de lacre deve-se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio a qualificação do responsável, a data e local, e as informações referentes à substituição do lacre.

Transporte – a descrição do dispositivo se mostra autoexplicativa. O *transporte* é o ato de transferir o vestígio de um local para outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse. Nessa etapa da cadeia de custódia, ideal que haja um número mínimo de pessoas em contato com os elementos coletados para que não haja contaminação dos vestígios.

Recebimento – ato formal de transferência da posse do vestígio. Conforme dispõe o art. 158-E, CPP, torna-se imperiosa a presença de uma central de custódia em todos os Institutos de Criminalística. Consequentemente, será na central de custódia o ato formal de *recebimento* com serviços de protocolo para armazenamento do material coletado e espaço seguro a apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

Processamento – A atividade característica dos peritos através da realização do exame pericial. Esse exame técnico consiste na manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, formalizado, ao final, em laudo específico realizado pelo perito.

Armazenamento - Com a alteração realizada pela Lei 13.964/19 e a imposição de criação de espaços específicos para a permanência de todos os elementos importantes para a elucidação do caso, após a realização da perícia o material deverá ser devolvido às centrais de custódias, devendo nela permanecer (art. 158-F, CPP). O procedimento destinado à guarda do material a ser processado, em condições adequadas, se destina à possibilidade de nova manipulação ou mesmo e, especialmente, à eventual contraperícia, condizente a observância de um efetivo contraditório ou de proteção ao inocente. A imprescindibilidade dessa etapa, não obstante parecer natural à realização das perícias em geral, não possuía observância normativa e, muito menos prática. Coube a alteração legislativa dizer o óbvio para que não haja impossibilidade de contraperícias ou novas perícias com o material coletado.

Descarte - Quando não se mostrar mais necessário o armazenamento do material colhido, será realizado o procedimento referente à liberação do vestígio, sempre com respeito a legislação específica e, quando necessário, ocorrerá o descarte mediante determinação judicial. Essa imposição não ocorre para todas as hipóteses de armazenamento. Há normas que determinam o seu descarte quando não mais relevantes para o caso penal (Lei de Drogas, por exemplo). Mas, há que se observar a possibilidade de contraprova com relação à qualidade e quantidade do material coletado. Logo, o *descarte* deve ser aplicado de forma excepcional, justamente para resguardar o contraditório e a proteção

do inocente.

4. ÔNUS DA PROVA QUANTO A CADEIA DE CUSTÓDIA E DIREITO À PROVA LÍCITA

De início, urge afirma que incumbe aos órgãos da persecução penal cumprir a cadeia de custódia e o dever de provar o seu regular cumprimento em juízo[613]. Em outras palavras, o Ministério Público deve demonstrar que houve o implemento correto das regras e os métodos do procedimento da cadeia de custódia e que esta foi mantida ao longo de todo o período até o julgamento.

Assegurar-se a cadeia de custódia é respeitar o devido processo legal e o efetivo contraditório. Isto porque a falha no cuidado com a preservação, transporte e manipulação do vestígio prejudica a defesa, sendo importante manter preservado/inalterado todo o material apreendido ou coletado para permitir a defesa opor-se a ele, inclusive, para, em caso de necessidade, apresentar uma contraprova. Ou seja, caso haja alteração ou inutilização do material, a defesa ficará impossibilitada de refutar efetivamente a tese acusatória.

Portanto, a violação do acesso à integralidade do material coletado na investigação viola o direito à prova, a ampla defesa, contraditório e devido processo legal.[614]

Importa saber se as provas que estão sendo produzidas para comprovar os enunciados fáticos propostos pelas partes – e servirão de base à decisão final – são confiáveis e correspondem exatamente aos elementos colhidos no início da cadeia de custódia.[615] Portanto, fundamental adotar corretamente todos os procedimentos devidos, evitando-se a alteração do elemento colhido.

O processo penal é regulado pelo princípio da presunção de inocência e o enunciado sobre o fato deve ser definido pelo acusador, possuindo todo o ônus de comprovar sua ocorrência.[616] A desincumbência do ônus probatório deverá ocorrer com a comprovação de que todas as etapas e métodos da cadeia de custódia foram cumpridas.

Para se provar, portanto, a cadeia de custódia com um elevado *standard*, o Ministério Público deverá oferecer garantias e elementos dos quais se possam inferir que a prova se manteve inalterada durante todo o período da custódia, respeitando a aplicação de todos os métodos e técnicas de maneira regular (arts. 158-B a 158-E, CPP).

Nada obstante, a defesa também poderá realizar este controle da cadeia de custódia da prova. Antes da alteração legal ora em comento, conforme os artigos 44, VIII, 89, VIII e 128, VIII, da LC nº 84/94 (alterada pela lei complementar 132/2009), é assegurado aos

---

[613] Jaffee WB, Trucco E, Teter C, Levy S, Weiss RD. Focus on alcohol & drug abuse: ensuring validity in urine drug testing. *Psychiatr Serv.* 2008 Feb; 59(2):140-2.

[614] A importância da rastreabilidade probatória "encontra supedâneo na ampla defesa, no contraditório e no direito à prova (lícita)". Cf. EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, maio/jun., 2016. MENEZES, BORRI e SOARES. *A quebra da cadeia de custódia da prova. op. cit.*, p. 288.

[615] Nesse ponto, ver também ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 446.

[616] PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal, op. cit.*, p. 61.

defensores públicos "examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos". Com relação ao advogado, tal previsão consta do artigo 7º, XIV, do Estatuto da OAB (redação alterada pela Lei 13.245/16). Ainda, há a súmula vinculante nº 14[617] garantindo o acesso amplo aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório. Com o advento da Lei 13.964/19, ora em discussão, esta previsão também está prevista no inciso XV, do artigo 3º-B do Código de Processo Penal.[618]

Não se pode olvidar, pois, que o *standard* probatório[619] no processo criminal é considerado alto, devendo as provas demonstrarem a hipótese fática sustentada na denúncia com alto grau de probabilidade[620]. Este elevado *standard* probatório é uma escolha política no sentido de que se privilegia a manutenção do estado de inocência, a liberdade e a proteção do inocente. Isto fica claro quando nos deparamos, não só com um *standard* de prova elevado, mas também com um ônus da prova para o órgão acusatório.[621]

Ganha relevo, pois, a qualidade da prova para que se atinja um *standard* probatório no processo. E para tanto mister a existência de provas confiáveis, tendo em vista que, caso contrário, com uma violação ou quebra da cadeia de custódia, este fato será suficiente para desacreditar determinado elemento probatório, não ultrapassando o *standard* necessário para uma condenação.[622]

---

[617] "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." Este acesso amplo se coaduna com a *integridade* da prova, eis que qualquer alteração, ocultação e destruição de um vestígio não permitirá o amplo acesso ao material probatório, mas apenas à parte dele. Neste sentido, cf. MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, nº 288, nov./2016, pp. 8-9.

[618] "Art. 3º-B. (...) XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento".

[619] Trata-se de um grau (ou medida) de prova necessária a partir do qual um fato deva ser provado para ser considerado como comprovadamente verdadeiro. Cf. HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. Cambrigde University Press, 2016, p. 4. HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: uma disensión epistemológica. In *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69, pp. 65-98.

[620] KNIJNIK, Daniel. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18. Sobre o standard de além de toda dúvida razoável, apesar de frequentemente citado em decisões judiciais e utilizado por parte da doutrina, há quem entenda que não há uma formulação muita clara desse *standard* probatório no processo penal brasileiro (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*. Porto Alegre, nº4, nov. 2007, pp. 161-185. MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 90 e pp. 95-100.

[621] BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê *"Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos"*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, pp. 43-80, jan./abr. 2018, p. 72.

[622] É certo que existem outras formas para se garantir uma qualidade epistêmica dos meios de prova, sendo a manutenção da cadeia de custódia apenas uma delas. Cf. FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *O direito ao confronto na produção da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020 (no prelo), que discorre sobre a dimensão epistêmica do direito ao confronto e SAMPAIO, Denis. *A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no Direito Processual Penal*. *In* Cabral, Antonio do Passo; Pacelli, Eugênio; Cruz, Rogerio Schietti (coords.). *Processo Penal*. Coleção Repercussões do

Impende afirmar, portanto, que a cadeia de custódia tem um caráter *tridimensional*. Possui uma dimensão probatória (confiabilidade da prova), dimensão processual - cria um ônus à acusação de comprovar a manutenção da cadeia de custódia e impede o abuso do poder estatal em modificar, alterar ou forjar provas - e dimensão social - gera uma percepção social de que o procedimento probatório é transparente e o processo criminal é justo .

5. FILTROS EPISTÊMICOS E BUSCA PARA UMA DECISÃO DE QUALIDADE

A partir da reforma do CPP realizada em 2008 pela Lei 11.690, cabe frisar que se iniciou uma nova mentalidade em busca de uma qualidade da decisão ou, podendo dizer, uma *retidão* desta, o que no direito anglo-americano e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) é conceituado como *"accuracy"*.[623] Tal pretensão continuou com o advento da Lei 13.964/19.

O artigo 155 do CPP (redação dada pelo Lei 11.690/08) diferenciou elementos informativos e prova, vedando que o juiz baseie sua condenação de forma exclusiva naqueles, vez que produzidos sem o efetivo contraditório. Sendo assim, este ganhou força como um elemento estruturante que compõe o próprio sentido de prova técnica.

Contudo, com a reforma erigida pela Lei 13.964/2019, ora objeto de discussão, o referido artigo merece uma releitura diante do artigo 3º-C, §3º, o qual determina que os autos do inquérito não serão apensados aos autos principais enviados ao juiz da instrução e julgamento. Assim, o juiz que julgará o mérito não poderá, de forma alguma, se valer de elementos informativos colhidos na investigação, haja vista que este não terá contato com os autos do inquérito policial, com a ressalva de provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, devendo, pois, fundamentar sua decisão em provas produzidas sob o contraditório. [624]

Além do mais, o artigo 159, §3º, incluído pela reforma ocorrida em 2008, é mais um ponto no qual se demonstra a tentativa de resguardar um método do contraditório e a busca por uma melhor prova, ao permitir que as partes (Ministério Público, assistente de acusação, ofendido, querelante e acusado) indiquem assistente técnico, além de autorizar às partes requerer a oitiva dos peritos para esclarecer a perícia realizada ou responderem quesitos (art. 159, §5º, CPP). Havia pecado a dita reforma, porém, quando somente admitiu a atuação do assistente técnico após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

No entanto, com a novel reforma, foi incluído o inciso XVI, do artigo 3º-B, o qual autoriza que o assistente técnico indicado pela parte possa acompanhar a produção da

---

Novo CPC, vol. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 19-48.

[623] DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The trial on trial*: towards a normative theory of the criminal trial, vol. 3, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, pp. 61-91. Os autores discorrem sobre os objetivos do sistema de justiça criminal, notadamente sobre a busca da verdade e a exatidão/correção das decisões (*"accuracy"*).

[624] Ocorre que os artigos 3º-A a 3º-F do CPP estão com a eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, Ministro do Supremo Tribunal Federal, aguardando-se a apreciação pelo Plenário da Corte (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

perícia.[625] Logo, a atual reforma deu um passo no sentido de permitir a participação ativa das partes, através de seus assistentes, no momento da produção da prova pericial, consagrando um contraditório substancial nesta modalidade probatória.

Sobre o propósito de busca por uma prova de mais qualidade, cabe trazer à baila a doutrina de Geraldo Prado. *In verbis*:

> "(...) iniciou-se o movimento de redução de complexidade das garantias probatórias asseguradas pela Constituição da República, como será observado adiante, em especial em relação à qualidade da prova, vista pelo ângulo ético da prova ilícita e pela perspectiva funcional do acertamento dos fatos, no que toca à responsabilidade por demonstrar e convencer, empregando meios de prova qualificados. (...) Da exigência de que elementos informativos não se confundam com provas (art.155) à previsão de assistente técnico, relativamente às perícias (art. 159), o que se observa é que o ingresso do contraditório no cenário da produção da prova e os efeitos provocados quanto à avaliação denotam o duplo esforço: pela melhor prova possível, como meta para a acusação suplantar a presunção de inocência; por um trajeto normativo indispensável para a aquisição desta prova, sua introdução no processo e, ao final, sua avaliação pelo juiz, como condições de validade das atividades probatórias (art. 157).
>
> Por isso, o procedimento penal, simultaneamente, sofreu uma adequação, via oralidade e reforço ao princípio acusatório (art. 384).
>
> Dito de outra maneira e para espancar dúvida quanto ao compromisso do processo penal com a responsabilização criminal dos agentes: erigiu-se a "qualidade da decisão penal" como meta."[626]

Todas estas normas acima aludidas demonstram a intenção do legislador, tanto na reforma de 2008, como na atual, de prezar pela busca de uma melhor decisão judicial, com mais qualidade, baseada em provas também com um grau de confiabilidade elevado. Ao menos, nestas quatro novidades trazidas pela nova Lei 13.964/19: cadeia de custódia, separação do inquérito dos autos principais, juiz das garantias e a participação do assistente no momento da produção da prova pericial.

O que se espera, portanto, é a efetiva aplicabilidade das alterações com a garantia de democraticidade do processo penal brasileiro à luz da Constituição da República. A expectativa se dirige, tão somente, na aplicação das normas constitucionais e legais.

6. INOBSERVÂNCIA DAS ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA – QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SEUS EFEITOS

A prova técnica-pericial exige adequados níveis de controle e segurança no seu

---

625 Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.

626 PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal. op. cit.*, pp. 62-63.

processo de produção para que não haja adulteração ou contaminação com elementos externos aos vestígios examinados. Essa segurança contra a contaminação deve se dar por todo o processamento da cadeia de custódia, preservando, assim, a regularidade das etapas – da origem, perpassando pelo caminho, ao resultado - da produção da prova pericial e, consequentemente, a integridade desses elementos de prova.

Nessa linha, a ruptura da cadeia de custódia, com supressão de dados, adulteração ou contaminação dos elementos probatórios colhidos, afasta a legalidade e/ou confiabilidade do resultado da perícia e impossibilidade do exercício pleno do contraditório, na medida em que as partes, especialmente a defesa, não terão a possibilidade de utilização da prova em seu estado líquido perfeito, bem como a realização de contraperícia de forma equânime ao material probatório produzido. Consequentemente, a cadeia de custódia se caracteriza como procedimento para "assegurar a fiabilidade do elemento probatório" e o suporte necessário de "proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória"[627]. É possível inferir, portanto, que os elementos de prova técnica somente podem ser considerados viáveis para seu objetivo processual se a coleta, o transporte, manuseio, a análise e todas as etapas da cadeia de custódia observarem condições mínimas de segurança (atualmente como previsão normativa), com o objetivo de garantir a integridade do material a ser objeto de perícia com os meios idôneos e legais empregados.

Duas situações práticas podem ser observadas: 1ª.) alteração da própria fonte da prova anterior ao seu reconhecimento (algum produto em contato com o sangue, troca de arma ou munição, por exemplo); 2ª) ausência de observância quanto ao procedimento específico destinado à garantir que a fonte de prova seja a mesma, sem qualquer adulteração, até a sua valoração .

Na primeira situação, a adulteração ocorre na própria fonte de prova. Logo, não há que se falar em quebra da cadeia de custódia, mas a falsificação da fonte de prova[628]. Com a falsificação/adulteração da fonte de prova, não será viável o seu reconhecimento como elemento destinado à prova de um fato. Portanto, o que se tem nessa hipótese é a ausência de prova que resulte no nexo causal entre o fato e a fonte de prova.

Na segunda hipótese, a inobservância dos protocolos específicos para garantir a integridade da prova material caracteriza a quebra da cadeia de custódia. Esses protocolos ou etapas constituem verdadeiros requisitos legais que formam o próprio conteúdo da prova material. Logo, através deles tenta-se garantir a integridade da fonte de prova colhida até a sua valoração ("mesmidade"[629]).

Questão a ser analisada diz respeito aos efeitos consequentes à quebra da cadeia de

---

627 PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos, op. cit*, p. 86.

628 BADARÓ, Gustavo. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In* Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal. Ricardo Sidi e Anderson Bezerra Lopes. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 524.

629 Expressão espanhola, importada para a doutrina nacional através da obra de Geraldo Prado, que indica que a cadeia de custodia fundamenta-se pelo princípio da autenticidade da prova e reconhecido como "mesmidade". Trata-se do princípio segundo o qual o "mesmo" vestígio que foi encontrado na cena do crime, será o mesmo valorado pelo julgador. PRADO. *A cadeia de custodia da prova no processo penal*, p. 95.

custódia.

A partir da alteração da Lei 13.964/19, as etapas estão delineadas por norma legal. Logo, a sua existência se caracteriza como requisito essencial da cadeia de custódia, dependendo, por óbvio, dos vestígios a serem examinados. É dizer, os protocolos dependem da fonte de prova a ser analisada, indicando um procedimento específico para cada vestígio coletado.

Se as etapas estão previstas em normas legais e constituem o próprio conteúdo da prova material, a quebra da cadeia de custódia gera o efeito da ilicitude da prova, na medida em que haverá a aplicabilidade do artigo 157 do CPP quando aponta que são provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou *legais*[630].

Tendo em vista que o direito à prova lícita é um pressuposto legal e inevitável da valoração da prova, a ilicitude da prova gera[631], em primeiro momento, a sua inadmissibilidade e, em segundo ponto, a proibição da valoração da mesma[632].

Caso seja reconhecida a quebra da cadeia de custódia em fase investigativa, caberá ao juiz que decide sobre a admissibilidade da acusação e das provas (juiz das garantias) o reconhecimento da sua inadmissibilidade.

Na hipótese de identificação da quebra da cadeia de custódia em fase judicial, haverá proibição de valoração da prova em face da sua ilicitude.

Independentemente do momento de reconhecimento da ilicitude da prova em decorrência da quebra da cadeia de custódia, deverá a prova pericial ser desentranhada da discussão processual pela leitura e aplicação do art. 157, *caput*, do CPP[633]. Ainda, insta

---

[630] Há quem entenda que a questão se refere à credibilidade do elemento probatório pela ruptura da sua rastreabilidade e, portanto, deve ser resolvida no momento da valoração da prova e não a análise sobre a sua ilicitude. Assim, Badaró defende que "as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração." BADARÓ. *A cadeia de custódia, op. cit*, p. 535. Na doutrina italiana a quebra da cadeia de custódia gera o efeito da *inutilizzabilità* face ao controle judicial do efetivo contraditório das partes e o direito à prova lícita (art. 191, CPP italiano). Cf. TONINI, Paolo e CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali.* Milano: Giuffrè, 2012, p. 334.

[631] Como aponta Geraldo Prado, "no campo das proibições da prova, marcadas pelo valor da dignidade da pessoa humana, a tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime das nulidades." PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos, op. cit*, p. 90. Ainda, PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal.* 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 126. No mesmo sentido, EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 223.

[632] Não há como confundir formalmente regras de exclusão probatória (critérios normativos de deveres positivos e, quando inobservados, mandamentos de exclusão) – que possuem limitação ao nível de introdução e produção probatória – com regras de proibição na sua valoração – que se caracterizam por fazerem parte do conteúdo da decisão (GÖSSEL, Karl-Heinz. *As Proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha.* Trad. Manuel Costa Andrade. *In* Revista Portuguesa de Ciências Criminais, fasc. 2, 1992, p.399. Diante do procedimento probatório, as regras de valoração somente ocorrerão quando ultrapassadas as regras de exclusão (FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In* La prova nel dibattimento penale. 4a. ed. Giappichelli: Torino, 2010, p. 355. Na realidade, seguem como substrato necessário entre as primeiras para as segundas, ainda que no conteúdo material, todas as proibições de prova se comportam como proibições de valoração dos elementos de prova. GÖSSEL. *As Proibições de prova, op. cit.* p. 400.

[633] Nesse sentido, PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos, op. cit.*, p. 90. PRADO. *A cadeia*

apontar que, se da prova pericial ilícita em face da quebra da cadeia de custódia advier outro elemento de prova, esse será considerado ilícito por derivação (em virtude da contaminação), salvo se não evidenciado o nexo de causalidade entre os mesmos (art. 157, §1º, CPP).

Nesse ponto, conclui-se que o estudo da cadeia de custódia tem como ápice a análise da sua legalidade. Portanto, a quebra da cadeia de custódia deve ser vista como a inobservância do próprio conteúdo da matéria em reflexão e, consequentemente, os seus efeitos (inadmissibilidade da prova ilícita e proibição de valoração da mesma) se caracterizam não como sanção processual, mas como garantia fundamental.

CONCLUSÃO

Inicia-se o processo criminal a partir de um estado de incerteza, caminhando na direção do conhecimento mais seguro. A presunção de inocência que determina tal estado no tocante aos fatos exige que as provas estejam aptas, confiáveis, credíveis, seguras – *i.e.* de boa qualidade epistêmica –, para apoiar uma "convicção segura, baseada em conhecimento correto e preciso, que afaste a dúvida a respeito da responsabilidade penal imputada aos acusados da prática de uma infração penal".[634] Somente assim para restar legitimada e justificada a decisão do julgador.

Como visto, o procedimento correto da cadeia de custódia é um direito das partes, principalmente do acusado que, na maioria das vezes, não participa da fase de investigação e precisa ter acesso aos elementos produzidos para poder refutar a acusação e exercer sua defesa de forma mais ampla e efetiva. Logo, ainda que não haja previsão expressa, extrai-se dos preceitos constitucionais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito à prova lícita, presunção de inocência) o ônus de comprovação por parte da acusação do regular procedimento da cadeia de custódia. À defesa resultará o direito à prova técnica lícita e toda a análise quanto à etapa da sua produção até a efetiva valoração.

Faltou a lei indicar as consequências pela não obediência às ditas normas. Contudo, diante das previsões normativas edificadas pela atual reforma, bem como os dispositivos já constantes, especialmente o artigo 157, CPP, torna-se claro que a violação das regras que visam preservar a prova deve gerar a sua inadmissibilidade. Ainda, sem a comprovação da devida cadeia de custódia, faltar-se-á fiabilidade àquele elemento de prova, não podendo servir de base para a valoração da prova penal.

A cadeia de custódia é, portanto, mais um meio dentro do ordenamento jurídico que servirá para limitar o uso abusivo do poder estatal, tornando-se o procedimento mais transparente, legitimando as decisões judiciais e a percepção social de um procedimento mais justo. Alcançar-se-á, assim, a democraticidade do processo penal focado no respeito à dignidade humana do acusado e a proteção do inocente.

---

de custódia da prova no processo penal. op. cit., p. 128/130.

[634] Idem , p. 27/28.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, pp. 43-80, jan./abr. 2018, p. 72. Disponível em http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138. Acesso em 09 jan 2020.

______________ *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 123.

______________ A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal*. Ricardo Sidi e Anderson Bezerra Lopes (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. pp.517/538.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*. Porto Alegre, nº4, nov. 2007, pp. 161-185. Disponível em https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/4/revista4.pdf. Acesso em 20 jan 2020.

CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. In *Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, 2009.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. New haven-London: Yale University Press, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal I*. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, ano 98, 2009, pp. 436-451.

DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The trial on trial*: towards a normative theory of the criminal trial, vol. 3, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1986, p. 72.

EPPS, Daniel. The consequences of error in criminal justice. *Harvard Law Review*, vol. 128, nº 4, pp. 1065-1151, 2015.

EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, maio/jun., 2016. Disponível em https://www.academia.edu/32968479/Cadeia_de_Custódia_Rastreabilidade_Probatória. Acesso em 11 jan 2020.

ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível*: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3ªed. Campinas: Millenium, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoracíon racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In* La prova nel dibattimento penale. 4a. ed. Giappichelli: Torino, 2010, pp. 317/410.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *O direito ao confronto na produção da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, no prelo.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prólogo In VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GIANNELLI, Paul. Forensic Science: chain of custody. *Criminal Law Bulletin* 32, vol. 5, New York: Thomson/West, 1996.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *As Proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*. Trad. Manuel Costa Andrade. *In* Revista Portuguesa de Ciências Criminais, fasc. 2, 1992, pp. 397/441.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HAACK, Susan. *Evidence matters*: science, proof and truth in the law. Cambrigde University Press, 2016, p. 4.

__________ El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 65-98.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAFFEE WB, Trucco E, Teter C, Levy S, Weiss RD. Focus on alcohol & drug abuse: ensuring validity in urine drug testing. *Psychiatr Serv*. 2008 Feb; 59(2):140-2.

KNIJNIK, Daniel. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal--importancia-cadeia-custodia-prova-penal. Acesso em 08 jan 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência*: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. *Revista Criminalística e Medicina Legal*, vol. 1, nº2, 2017, pp. 8-12.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, nº 288, nov./2016, pp. 8-9.

MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 20, nº 4, (out.-dez), 2010, p. 565 (pp. 555-578).

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias críticas do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, nº 1, pp. 277-300, jan./abr., 2018, p. 282. Disponível em http://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128. Acesso em 13 jan 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil*. Brasília, 2012. Disponível em https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view. Acesso em 11 jan 2020.

POPPER, Karl. Verdade e aproximação da verdade. In MLLER, David (org.). *Textos Escolhidos Popper*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2016.

______________ *Conjectura e refutação*. O progresso do conhecimento científico. Tradução Sérgio Bath. 5ª ed. Brasília: UNB, 2008.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

____________ *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1º ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no Direito Processual Penal. In Cabral, Antonio do Passo; Pacelli, Eugênio; Cruz, Rogerio Schietti (coords.). *Processo Penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 19-48.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOCCHETTO, Domingos. *Balística forense. Aspectos técnicos e jurídicos*. 9. ed. Campinas: Milennium, 2018.

TONINI, Paolo e CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012.

TWINING, W. *Rethinking evidence*. Exploratory essays. Oxford: Blackwell, 1990.

UNITED STATES GOVERNMENT. Departamento de Justiça. *Crime scene investigation*: a guide for law enforcement. 2000. Disponível em https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178280.pdf. Acesso em 11 jan 2020.

URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. *La Cadena de Custodia en el nuevo Codigo de procedimiento penal*. Disponível em https://fundacionluxmundi.com/custodia.php#1. Acesso em 14 dez 2019.

CAPÍTULO XIV

DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL COMUM E MILITAR

THIAGO BELOTTI DE OLIVEIRA

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Titular da DP da Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar.

CAPÍTULO XIV – DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL COMUM E MILITAR ....

A AMPLA DEFESA NA PRIMEIRA ETAPA DA PERSECUÇÃO PENAL – ART. 14-A DO CPP E ART. 16-A DO CPPM

I. INTRODUÇÃO

Em 24 de dezembro de 2019 o Presidente da República sancionou a Lei nº 13.964, nacionalmente conhecida como Pacote Anticrime, em vigor a partir de 23 de janeiro de 2020.

Consta da nova lei que seu objetivo é aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Para desempenhar tal tarefa em sua inteireza, poderia o legislador ter dado mais atenção ao Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº1.002/1969), cuja última alteração legislativa data de 1996 (Lei nº 9.299 de 7 de agosto de 1996), enquanto o Código de Processo Penal comum já foi objeto de diversas reformas legislativas, algumas estruturais, como as levadas a efeito pelas Leis nºs 11.719/2008 e 12.403/2011. O Código de Processo Penal Militar permanecia esquecido pelo legislador há 23 anos, fazendo com que os operadores do direito em atuação na Justiça Militar rotineiramente se socorram do art. 3º do CPPM[635] para, na prática, adequar as previsões do CPPM à Constituição da República.

Diversas questões processuais, que já são realidade na Justiça Militar, poderiam ter sido positivadas no CPPM, tornando mais uniforme sua aplicação no território nacional. Sem a pretensão de esgotar os temas que poderiam ter sido acrescidos ou atualizados na legislação processual penal militar, pode-se afirmar que o legislador perdeu boa oportunidade de tratar dos seguintes questões: medidas cautelares diversas da prisão; embargos de declaração em primeira instância; estabelecimento entre as hipóteses de absolvição do art. 439[636] do CPPM de norma equivalente a do art. 386, IV do CPP[637] (negativa de autoria), norma esta vital para a Justiça Militar, ante o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a absolvição por negativa de autora

---

[635] Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; b) pela jurisprudência; c) pelos usos e costumes militares; d) pelos princípios gerais de Direito; e) pela analogia.

[636] Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência; b) não constituir o fato infração penal; c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal; d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar); e) não existir prova suficiente para a condenação; f) estar extinta a punibilidade.

[637] Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça :
I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal;
IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.

ou inexistência do fato (esta última prevista na primeira parte da alínea *a* do art. 439 do CPPM) vincula a instância administrativa; atualização do capítulo do CPPM relativo ao interrogatório do réu, totalmente em descompasso com a CRFB, entre outros.

Note-se que sequer a figura do juiz de garantias[638] foi replicada no CPPM, de modo que também em relação a este tema a Justiça Militar terá de se valer do art. 3º do CPPM, posto que a regulamentação do juiz de garantias pela Lei º 13.964/2019 nada mais faz do que concretizar no plano infraconstitucional garantias há muito constantes da CRFB, como o devido processo legal e o juiz natural (imparcial), aplicando-se, portanto, à Justiça Castrense, mesmo não havendo previsão expressa a respeito no CPPM.

O legislador, contudo, limitou-se, no final da Lei nº 13.964/19, apenas a acrescentar o art. 16-A ao CPPM, sendo tal norma praticamente cópia do art. 14-A acrescido ao CPP, o que nos leva a entender que o legislador teve apenas o objetivo de aperfeiçoar o CPP, esquecendo-se novamente que o CPPM clama por reformas, sendo inegável que se a legislação processual penal militar fosse atualizada, a atuação da Justiça Militar seria mais uniforme no território nacional, garantindo maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

No momento, contudo, resta-nos aguardar pelas necessárias e urgentes reformas do CPPM.

Como anunciado anteriormente, a novel lei 13.964/2019 acrescentou o arts. 14-A ao CPP e 16-A do CPPM, tornando obrigatória a defesa técnica no curso de procedimentos investigatórios que apurem o emprego da força letal por agentes das forças de segurança do estado (CRFB, art. 144) e por militares das Forças Armadas (CRFB, art. 142), estes desde que em missões de garantia da lei e da ordem.

Como a *ratio* das normas é a mesma – e a redação praticamente idêntica –, faremos a análise de ambas em conjunto, consignando, desde já, que as citadas normas apenas reforçaram a incidência da ampla defesa na fase investigativa, deixando de fora o contraditório, próprio do processo penal, como já acontecia antes da vigência das novas regras.

Analisaremos, também, os vetos[639] aos parágrafos 3º, 4º e 5º, dos arts. 14-A do CPP e a 16-A do CPPM demonstrando o equívoco – parcial - das glosas levadas a feito pelo Presidente da República, uma vez que se o investigado for "citado" e não constituir advogado, a Defensoria Pública é que deverá atuar na sua defesa.

---

[638] Art. 3°-A a 3ª F do CPP, acrescidos pela Lei n° 13.964/2019.

[639] "§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.
§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.
§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados."

II. A AMPLA DEFESA NA FASE INVESTIGATIVA

Há muito a doutrina conceitua o inquérito policial como *procedimento inquisitorial, escrito e sigiloso* através do qual a autoridade policial apura a autoria e a materialidade de uma infração penal, possibilitando ao titular da ação penal o seu exercício[640].

Sendo o inquérito policial (IP) e o inquérito policial militar (IPM) meros procedimentos, a eles *não* se aplica a garantia do contraditório, própria do processo penal, o mesmo se dando em relação a qualquer outro procedimento investigativo destinado à apuração de uma infração penal e sua autoria, de que são exemplos, os PIC (procedimentos de investigação criminal) instaurados pelo Ministério Público e as sindicâncias que muitas vezes precedem à instauração de IPMs, entre outros.

O mesmo não ocorre em relação à ampla defesa[641]. Em que pese as garantias contraditório e ampla defesa, no mais das vezes, andarem de mãos dadas, por força da sua inegável conexão, na fase pré-processual da persecução penal é possível visualiza-las separadamente. Ou seja, apesar da garantia do contraditório[642] não se aplicar aos IPs e aos IPMs – e quaisquer outros procedimentos de investigação de uma infração penal -, a ampla defesa a eles se aplica, ainda que de modo acanhado. O exemplo mais evidente da incidência da ampla defesa no IP e no IPM – ou em qualquer outro procedimento através do qual se apure a prática de uma infração penal e sua autoria – é o exercício do direito ao silêncio pelo investigado. Quando o investigado é intimado para prestar depoimento no curso de um IP ou IPM e manifesta perante a autoridade policial (civil ou militar) o desejo de ficar em silêncio está exercendo o direito à ampla defesa, do qual decorre o direito ao silêncio. Outro exemplo da incidência da ampla defesa no IP está no art. 14 do CPP que estabelece que "o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade".

---

[640] BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 124

[641] "É lugar-comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. Está errada a afirmação, pecando por reducionismo. Basta citar a possibilidade de i indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito ao silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que pode agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança. Então, não existe direito de defesa? Claro que sim" (LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344-345).

[642] "Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito *mais do que simples bilateralidade da instância*. Ao binômio conhecimento-reação tem-se posto a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos*. Isto é: *direito de influência*. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a *gravar igualmente o juiz*. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever de não só de velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele se submeter*. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 797). Tais lições aplicam-se, evidentemente, ao processo penal.

Nesse sentido, as lições de GUSTAVO BADARÓ: "Predomina na doutrina o entendimento de que o inquérito policial tem natureza inquisitória. Não se trata, pois, de procedimento desenvolvido em contraditório. No entanto, aplica-se ao inquérito policial a ampla defesa. Há atos de defesa exercidos no próprio inquérito policial, como as declarações defensivas no interrogatório ou o próprio exercício do direito ao silêncio, bem como a possibilidade de a defesa requerer atos de investigação à autoridade policial. Por outro lado, a defesas (*sic*) poder ser exercida durante o inquérito policial, por outros meios, como a impetração de *habeas corpus* (contra uma prisão ilegal) ou mandado de segurança (para assegurar que o defensor tenha vista dos autos), visando a proteção de direitos defensivos do investigado" [643].

Deste modo, apesar da inegável atração existente entre as garantias do contraditório e da ampla defesa, muitas vezes mencionadas conjuntamente, como se fossem uma só garantia, é possível afirmar que o contraditório não incide na fase pré-processual da persecução penal (inquérito policial, inquérito policial militar, PIC, sindicância etc.), sendo uma garantia própria do processo (judicial ou administrativo)[644] ao passo que a ampla defesa e ela se aplica indubitavelmente.

Dito isso, cumpre examinar o teor do art. 14-A do Código de Processo Penal e do art. 16-A do Código de Processo Penal Militar, que preconizam, respectivamente:

> "Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.
>
> § 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.
>
> § 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.
>
> § 3º (VETADO).
>
> § 4º (VETADO).
>
> § 5º (VETADO).
>
> § 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores mi-

---

[643] BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 124;

[644] Art. 5º, LV: "Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

litares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem."

"Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem."

A primeira leitura das normas levanta as seguintes indagações: A norma é constitucional? A defesa técnica nas investigações relativas ao uso da força letal praticados pelos servidores da segurança pública (CRFB, art. 144) e pelos militares das Foças Armadas em missão de garantia da lei e da ordem (CRFB, art. 142) é obrigatória? Afigura-se constitucional a norma do § 2º do art. 14-A do CPP e do § 2º art. 16-A do CPPM ou cabe à Defensoria Pública atuar na fase investigativa quando o investigado não constitui advogado? A quem e em quais hipóteses as normas se aplicam?

Obedecendo aos limites deste trabalho, enfrentaremos as indagações acima.

III. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14-A DO CPP e DO ART. 16-A DO CPPM

Como visto, a fase pré-processual da persecução penal é inquisitorial, a ela não se aplicando a garantia do contraditório[645], própria da fase judicial da persecução penal (o

---

[645] Aury Lopes Jr. possui abalizado entendimento no sentido de que o primeiro momento do contraditório, o da informação, aplica-se à fase pré-processual. Confira-se: "É importante destacar que quando falamos em 'contraditório' na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não existe contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídica-processual, não está presente a estrutura dialética que

processo penal), o mesmo não ocorrendo em relação às garantias da ampla defesa, perfeitamente aplicáveis aos IPs, IPMs, PICs, sindicâncias etc.

Deste modo, afiguram-se as normas dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM perfeitamente em conformidade com a Constituição da República, haja vista que reforçam a aplicação da garantia da ampla defesa na fase pré-processual da persecução penal, quando se tratar de apuração de fato que diga respeito ao uso da força letal praticado pelos servidores da segurança pública (CRFB, art. 144) e pelos militares federais em missão de garantia da lei e da ordem.

Não se diga que se trata de privilégio indevido atribuído aos servidores públicos mencionados no art. 144 da CRFB e aos militares federais - quando do cumprimento de missão de garantia da lei e da ordem -, violador do princípio da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), na medida que a mesma garantia não é concedida a qualquer outra pessoa investigada pela suposta prática do crime de homicídio ou outra infração penal decorrente do uso de força letal. A máxima secular da isonomia se traduz em tratar os desiguais nas medidas das suas desigualdades[646]. E é exatamente esta a máxima aplicável ao caso, na medida em que os agentes de segurança do estado, no exercício de suas profissões, estão sujeitos a confrontos que resultam no emprego de força letal, sendo oportuno destacar que o art. 14-A do CPP e o art. 16-A do CPPM somente se aplicam às hipóteses em que o uso da força letal pelos citados servidores públicos e/ou militares no exercício de sua profissão.

São precisas as lições de SAN TIAGO DANTAS, citadas por UADI LAMMÊGO

---

caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa. Esclarecedoras são as palavras de PELLEGRINI GRINOVER no sentido de que 'defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto como seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas esta é – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório'. Logo, o contraditório se manifesta – não na sua plenitude – no inquérito policial através da garantia de 'acesso' aos autos do inquérito e à luz do binômio publicidade-segredo, como explicaremos na continuação" (LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 346)

[646] Nesse sentido as lições de LEONARDO MARTINS: "Mas a outorga constitucional do direito em tela não se limita ao *sentido formal* da igualdade. Com efeito, a lei que si atingir direitos fundamentais deverá ser compatível com o parâmetro normativo constitucional. Para tanto, *poderá* e, em alguns contextos, *deverá realizar distinções*, quando elas forem necessárias à proteção do direito fundamental à *igualdade material*. É o que decorre do vínculo do legislador a todos os direitos fundamentais, entre os quais a própria garantia da inviolabilidade do direito à igualdade (art. 5º, caput, 2º subperíodo CF). No caput do art. 5º são garantidos, portanto, duas modalidades do direito à igualdade: a primeira é a igualdade *perante* a lei ou igualdade de aplicação da lei; a segunda é a igualdade em sentido amplo, que abrange, além da primeira, também a igualdade *da* lei ('*na*' lei) ou a igualdade pela lei, vale dizer, a igualdade material. A igualdade material poderia ser entendida com um 'mandamento de otimização' e, destarte, como um *princípio* que determina sua maior realização possível, sobretudo em face de outros princípios que gozam também de dignidade constitucional, estando no mesmo nível hierárquico, com o princípio da liberdade (Cf. ALEXY, 1996, p. 357 ss.)" (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreiras; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz, coordenadores. Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 225);

BULOS[647]: "'Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário' (Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo, Rio de Janeiro, 1948, *RF, 116:359*)".

Distinção indevida haveria se aos agentes de segurança do estado fosse facultado, em qualquer caso, o uso das prerrogativas dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM. Não é este o caso. A ampla defesa torna-se compulsória apenas nas hipóteses em que o uso da força letal pelos servidores da segurança pública e militares federais – estes em missão de garantia da lei e da ordem - se dá no exercício profissional, residindo aí a justificativa para que o legislador tenha tornado compulsória a ampla defesa nos procedimentos da primeira fase da persecução penal que apurem o uso da força letal (IPs, IPMs,. PICs, sindicâncias ou qualquer outro procedimento instaurado para apuar tais fatos, ainda que não tenha rito procedimental previsto em lei). Não se trata, portanto, de indevido privilégio concedido aos agentes de segurança do estado, sendo oportuno destacar que outras categorias profissionais também são contempladas com garantias não extensíveis às demais, de que são exemplo o foro por prerrogativa de função e a inamovibilidade dos membros da magistratura e do ministério público, por exemplo.

Assim, sendo a obrigatoriedade da defesa técnica na primeira etapa da persecução penal restrita às hipóteses em que os agentes de segurança do estado são investigados pelo uso da força letal no exercício profissional, tem-se que se um agente de segurança do estado, no perídio de férias, em uma festa, após ingerir elevada quantidade de bebida alcoólica, pratica crime de homicídio contra outra pessoa, não guardando o fato qualquer conexão com o exercício de sua profissão, as normas dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM não se lhe aplicarão, ainda que o fato tenha sido praticado com o emprego de arma de fogo pertencente às instituições indiciadas no art. 142 e 144 da Constituição.

A constitucionalidade dos novos dispositivos legais decorre de justamente da limitação da sua aplicação às hipóteses de uso da força letal por agentes de segurança do estado no exercício de sua profissão, cabendo ao juiz de garantias velar pela adequada aplicação das normas, sendo relevante destacar que as novas normas, em verdade, tutelam os direitos fundamentais à dignidade e à liberdade dos agentes de segurança do estado.

---

647 BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 11ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105/106.

Por força do disposto no § 5º do art. 144 da Constituição da República "às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública". Não por acaso, a esmagadora maioria das investigações sobre o uso da força letal por agentes de segurança do estado envolve policias militares. Não se pretende aqui debater se a política do confronto é ou não o caminho adequado, se a polícia mata muito ou pouco, se a política de combate às drogas é ou não a adequada etc. Essas questões fogem aos limites deste estudo. O que se pretende discutir aqui, é a constitucionalidade e a aplicabilidade dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM, que tornam compulsória a defesa técnica na primeira fase da persecução penal, nas hipóteses que especificam.

Policiais militares participam de ocorrências policiais rotineiramente, muitas delas resultando no uso de força letal. Não se pode exigir que o policial anos após os fatos se recorde detalhadamente do evento, indique testemunhas e tente convencer seu julgador de sua inocência. A prática revela que em diversos casos as investigações se desenvolvem por meses ou anos sem que os agentes de segurança do estado sejam sequer ouvidos na fase pré-processual e quando são convocados para tanto sequer são cientificados dos atos de investigação que foram produzidos contra si anteriormente. A toda evidência, este cenário revela a manifesta desigualdade a que são submetidos os agentes de segurança do estado.

O exercício da defesa de tais servidores públicos revela que por vezes o agente de segurança do estado é denunciado pela suposta prática de crime decorrente do uso de força letal no exercício de sua profissão sem que sequer lhe seja facultado apresentar sua versão para os fatos. Não é incomum, no exercício de nossa atividade diária, ouvir de policiais militares que não tinham ciência de que a testemunha X disse isso e a Y aquilo e que se tivessem tido oportunidade de indicar testemunhas ou requerer a produção de outras provas no momento oportuno teria sido possível comprovar que o fato não ocorreu daquele modo ou que a testemunha estava mentindo etc.

Assim, dada a missão constitucional atribuída às forças de segurança do estado e, especialmente, às Polícias Militares (CRFB, art. 144, § 5º), é possível afirmar que as normas dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM, acrescidos pela Lei nº 13.964/2019, se amoldam ao texto constitucional, não importando em qualquer violação ao princípio da isonomia, eis que aplicáveis exclusivamente nas hipóteses em que o uso da força letal por agentes de segurança do estado se dá no exercício da profissão, sendo esta a nota característica da constitucionalidade dos novos textos legais.

IV. DEFESA TÉCNICA COMPULSÓRIA

Demonstrado que as novas normas são constitucionais, cumpre responder à seguinte indagação: A defesa técnica é compulsória nas hipóteses dos arts. 14-A do CPP art. 16-A do CPPM?

A leitura apressada do *caput* do art. 14-A do CPP e do *caput* art. 16-A do CPPM poderia levar o leitor a afirmar que a defesa técnica é facultativa, uma vez que ambos os artigos estabelecem que "o indiciado *poderá* constituir defensor". Se o legislador se valeu do verbo poder, a exegese literal dos dispositivos legais levaria à conclusão de que o indiciado terá direito à defesa técnica durante as investigações, mas apenas se assim o

desejar.

Não bastasse, o exame do § 1º dos citados dispositivos legais também induz o leitor desatento a concluir pela facultatividade da defesa técnica.

O § 2º, contudo, soluciona a questão, ao estabelecer que se o investigado não indicar defensor "a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado". Assim, em que pese o *caput* e o § 1º dos arts. 14-A do CPP e do art. 16-A do CPPM empregarem o verbo poder no tempo futuro (poderá), induzindo o intérprete a concluir pela facultatividade da defesa técnica, a norma do § 2º não deixa qualquer dúvida no sentido de que a defesa técnica é compulsória, tal como se dá no processo penal.

Em suma, a ausência de defesa técnica no curso das investigações a que aluem os arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM é causa de nulidade dos todos os atos praticados a partir do primeiro momento em que a defesa deveria se fazer presente nos autos da investigação, haja vista que a ausência de defesa técnica nas hipóteses especificadas pelas normas citadas importa em violação direta ao art. 5º, LV, da Constituição da República, não havendo que se falar na sanação do vício pelo oferecimento da denúncia, como sustentava a doutrina antes da vigência das novas regras, sob pena das novas regras tornarem-se mera recomendação do legislador.

Apesar do § 2º dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM estar em perfeita compatibilidade com a Constituição no tocante à obrigatoriedade de defesa técnica nas hipóteses mencionadas no *caput*, a parte final dos dispositivos ("com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado") padece do vício da inconstitucionalidade, como passamos a demonstrar.

V. A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2° DOS ARTS. 14-A DO CPP e ART. 16-A DO CPPM e O VETOS PRESIDENCIAIS[648]

A indicação de defensor ao investigado pela instituição a que pertencia ao tempo dos fatos, no prazo de 48 horas, nos parece em descompasso com o texto constitucional.

Os arts. 131 e 132 da Constituição da República estabelecem que cabe à Advocacia

---

[648] "§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.
§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.
§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses do investigado nos procedimentos de que trata esse artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados".

Geral da União e às Procuradorias do Estado cabe, respectivamente, "as atividades de consultoria e assessoramento jurídico *do Poder Executivo*" (CRFB, art. 131) e "a representação judicial e a consultoria jurídica *das respectivas unidades federadas*" (CRFB, art. 132), não lhes cabendo, à toda evidência, a defesa técnica dos servidores dos respectivos entes federativos[649], afigurando-se, a nosso juízo, indevida a referência nas razões dos vetos à ADI 3.022, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-14, como passamos a demonstrar.

As razões dos vetos são as seguintes:

"A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 131 e 132, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005)".

Na petição inicial da ADI 3.022, a Procuradoria Geral da República questionava a constitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e da alínea *a*, do anexo II, da Lei Estadual nº 9.230/91, alterado pela Lei 10.194 de 30 de maio de 1994, também do Estado do Rio Grande do Sul.

O art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul dispõe:

> "Art. 45. O servidor público processado civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no *exercício regular* de suas funções terá direito à assistência judiciária do Estado".

A alínea *a* do anexo II da Lei Complementar Estadual nº 10.194, de 30 de maio de 1994, que alterou a Lei Complementar Estadual nº 9230/1991, inseriu entre as atribuições do defensor público do estado do Rio Grande do Sul o seguinte:

> "Prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados na forma da lei, *bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais* (...)".

---

[649] Cumpre destacar que a MP 870/2019, convertida na Lei n° 13.844/2019, deu nova redação ao art. 5°, § 11, da Lei 14.473/2007 passando a estabelecer que "Os integrantes da Secretaria Nacional de Segurança Pública, incluídos os da Força Nacional de Segurança Pública, os da Secretaria de Operações Integradas e os do Departamento Penitenciário Nacional que venham a responder a inquérito policial ou a processo judicial em função do seu emprego nas atividades e nos serviços referidos no art. 3º desta Lei serão representados judicialmente pela Advocacia-Geral da União", padecendo a norma, a nosso ver, do vício da inconstitucionalidade, por violação ao art. 131 da Constituição da República. Ressalte-se, ainda, que tramita no STF a ADI 2888 proposta pelo Conselho Federal da OAB atacando o art. 22 da Lei n°9.028/1995, também por violação ao art. 131 da CRFB, estando a ação direta pendente de julgamento.

O pedido foi julgado *improcedente* em relação ao art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e *procedente* em relação à alínea *a* do anexo II da Lei Complementar Estadual nº 10.194, de 30 de maio de 1994.

O estudo dos votos dos Ministros da Suprema Corte que participaram do julgamento demonstra que o Supremo Tribunal Federal não conferiu ao Estado do Rio Grande do Sul a missão de defender seus servidores em qualquer demanda judicial derivada do exercício de cargo público. Entendeu o STF que o Estado deveria prover a defesa de seus servidores quando do *"exercício regular"* das atribuições do cargo ocupado pelo servidor público. Assim, a defesa do servidor pelo Estado (através de sua Procuradoria) pressupõe que o próprio ente estatal analise e repute a conduta do servidor como regular. Fora desta hipóteses específica, cabe ao próprio servidor custear a sua defesa.

Induvidosamente, a expressão *"no exercício regular de suas funções"* foi o que levou a Corte Suprema a declarar a constitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio de Grande do Sul.

Os votos dos Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE não deixam dúvidas a este respeito:

> "A norma é salutar, no que vincula essa assistência ao exercício regular, ou seja, no caso de o servidor atuar personificando o Estado. Fazendo-o, se acionado em juízo, ou se realmente necessitar apenas da assistência jurídica, ele a terá mediante atividade desenvolvida pelo próprio Estado. Logicamente, quando se cogita do exercício regular, afasta-se a situação de antagonismo, aquela ressaltada pelo Procurador-Geral da República, quanto a atos do servidor que hajam implicado o desvio de conduta no âmbito da Administração Pública"[650]
>
> "Pressupõe-se uma atividade seletiva do Estado, de alguém pelo Estado, dos casos em que o processo contra o servidor advier do que se entender configurar exercício regular da função pública.
>
> (...)
>
> Sr. Presidente, também julgo improcedente, a ação direta, entendendo que apenas se outorgou um direito funcional de proteção ao funcionário que, segundo a norma, haja atuado no exercício regular de sua função"[651]
>
> Deste modo, quando o Estado exerce a defesa do servidor público que agiu regularmente no exercício de suas funções está, na verdade, defendendo a legalidade do próprio ato estatal, sendo oportunas as palavras do Min. CEZAR PELUSO, por ocasião do julgamento da citada ação direta: *"E o mais importante é que essa assistência é reforço da tutela da regularidade do ato praticado e atribuído ao Estado, ou seja, o Estado defende-se, também, por esse modo, do ato que é seu"*.

---

[650] Trecho do voto do Min. MARCO AURÉLIO, na ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005.

[651] Trecho do voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, na ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005.

Assim, é possível entrever que o art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul somente foi declarado constitucional porque condiciona o exercício da defesa do servidor pelo Estado ao exercício regular das atribuições do cargo pelo agente público, de modo que, em última instância, estaria o Estado defendendo a si próprio. Excetuada esta hipótese específica, não cabe ao Estado a defesa de seus servidores.

A norma da alínea *a* do anexo II da Lei Complementar Estadual nº 10.194, de 30 de maio de 1994, que alterou a Lei Complementar Estadual nº 9230/1991, a seu turno, tratava de hipótese diversa, inconfundível com a do art. 45 da Constituição Estadual.

A lei complementar estabelecia regra genérica atribuindo a defesa judicial de qualquer servidor do Estado do Rio Grande do Sul, em qualquer causa, cível[652] ou criminal, à Defensoria Pública, desde que ato questionado tivesse relação com o exercício da atividade profissional do servidor, independentemente da regularidade deste.

Tal norma de fato não poderiam sobreviver, haja vista que não distinguia a defesa do servidor em processo cível ou criminal, sendo tal distinção de suma importância em se tratando da atuação da Defensoria Pública. A distinção é de capital importância, haja vista que as normas em estudo (CPP, art. 14-A e CPPM, art. 16-A) não possuem a generalidade da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal *e não versam sobre a defesa judicial, mas sim administrativa, exclusivamente no âmbito penal,* não guardando perfeita identidade com o precedente citado nas razões dos vetos presidenciais.

A alínea a *a* do anexo II da Lei Complementar Estadual nº 10.194/1994 criou, na verdade, uma espécie de seguro jurídico – precisamente judicial - em favor de todo servidor público do estado do Rio Grande do Sul processado civil ou criminalmente pela prática de qualquer ato relacionado ao exercício de suas atividades profissionais, independentemente da regularidade do ato praticado. A norma citada, atribuía à Defensoria Pública do dever de defender, por exemplo, o Governador do Estado em qualquer ação de improbidade administrativa, ação popular, ação civil pública etc., como de fato ocorreu.[653]

A elasticidade da norma levou à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não cabe à Defensoria Pública a defesa, em demanda cível, de quem não seja hipossuficiente economicamente ou detentor de vulnerabilidade extrema, nos termos do art. 5º LXXIV, da Constituição da República, que diz que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem *insuficiência de recursos*", sendo tal norma reforçada mais à frente pelo art. 134 do texto constitucional: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, *dos necessitados,* na forma do art. 5º, LXXV".

Indubitavelmente, não cabe à Defensoria Pública a assistência jurídica de quem possui condições para constituir advogado para atuar na sua defesa em questão cível

---

[652] Entendendo-se como cível qualquer causa que não seja criminal.

[653] Consta do relatório da ADI 3.022: "Anexa à petição inicial da presente ação, há documentação encaminhada pelo procurador-geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao procurador-geral da República. Há inclusive cópia de contestação oferecida pela Defensoria Pública em defesa do governador do estado (então o senhor Olívio Dutra) e de vários servidores estaduais contra os quais se moveu ação popular".

(judicial ou extrajudicial), ante a disponibilidade – em regra – do direito subjacente à causa. A Defensoria Pública é a instituição que tem como missão primeira democratizar o acesso à justiça, fazendo com que a pessoa carente de recursos financeiros ou vulnerável tenha seus direitos resguardados da mesma maneira que os abastados o possuem. Essa é a lógica do ordenamento jurídico para atuação da Defensoria Pública no âmbito cível.

No âmbito criminal, contudo, a questão se coloca de maneira diversa, haja vista a natureza do direito em jogo, qual seja, a liberdade. A liberdade é tão cara ao Estado Democrático de Direito que a sua privação somente pode ser decretada – excepcionadas as hipóteses de prisão cautelar – através de processo judicial, no qual tenham sido observados os postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório efetivo (entendido como direito de influência no convencimento do julgador), dos quais decorre a necessidade de defesa técnica no processo penal, ainda que o réu não constitua defensor.

Como bem obtempera GUSTAVO BADARÓ, "a defesa técnica assegura a paridade de armas. No polo ativo sempre haverá uma parte com conhecimentos técnicos, seja o representando do Ministério Público, seja o advogado do querelante. Se fosse admitido que o se defender sem assistência de um defensor com habilitação técnica, haveria evidente disparidade entre as posições dos sujeitos processuais, com claro prejuízo para a boa prestação jurisdicional. Se a tese (acusatória) e a antítese (defensiva) não estiverem no mesmo plano de efetividade, a síntese, invariavelmente, estará comprometida. Como destaca Tourinho Filho não existe contraditório efetivo sem que haja contraposição de órgão homogêneos"[654]. Linhas à frente o conclui: "a defesa técnica é indisponível e obrigatória"[655].

Desta forma, no processo penal, se o acusado, citado pessoalmente, quedar-se inerte, cabe ao juiz a nomeação da Defensoria Pública para o exercício da sua defesa, nos termos do art. 263 do CPP e do art. 8°, 2, *d*, da Convenção Americana de Direitos Humanos[656] – aplicáveis ao processo penal militar -, sendo oportuno destacar que a nomeação de advogado dativo somente é admitida nas comarcas em que a Defensoria Pública ainda não atua, cenário este com prazo de validade previsto no art. 98, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescido pela emenda constitucional nº 80/2014.

Assim, a alínea *a* do anexo II da Lei Complementar nº 10.194, de 30 de maio de 1994, foi declarada inconstitucional em razão da generalidade da norma e por não distinguir a atuação da Defensoria Pública nas esferas cível e criminal.

Os arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM, tornam compulsória a defesa técnica apenas em uma hipótese: a suposta prática de crime decorrente do uso de força letal pelos agentes de segurança do estado *no exercício profissional*. Sendo esta a moldura legal, não restam dúvidas de que a temática em tela é exclusivamente criminal, sendo hipótese de atuação da Defensoria Pública quando o investigado é citado e não constitui defensor

---

[654] BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 298.

[655] BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 299.

[656] "Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei".

para o exercício da defesa técnica. A toda evidência, se e quando o investigado vier a ser processado – tornando-se acusado – fará *jus* à assistência da Defensoria Pública se não constituir advogado, feriria a lógica elementar – e os arts. 3º, I, II e IV e 4º, XIV da LC nº 80/94 - negar a este potencial réu o direito de ter a assistência da Defensoria Pública desde a primeira fase da persecução penal.

Além disso, não se poderia admitir que as instituições policiais ou as forças armadas, estas nas hipóteses do § 6º dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM, indicassem advogados privados para a defesa de seus integrantes, uma vez que os profissionais da advocacia não podem ser compelidos a atuar gratuitamente na defesa de terceiros e a lei não estabelece qualquer forma de remuneração pelos serviços dos advogados. O exercício da advocacia *pro bono* deve ficar exclusivamente a critério do advogado, não podendo a ele ser imposta pelo Estado, sob pena de violação ao princípio constitucional da liberdade, na medida em que o advogado não pode ser compelido a trabalhar gratuitamente na defesa de terceiros.

A propósito, o art. 22 *caput* e § 1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) estabelecem:

> Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.
>
> § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.
>
> § 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Das normas citadas depreende-se que o exercício da advocacia confere ao advogado o direito de ser remunerado pelos serviços prestados, ainda quando atua na defesa de juridicamente necessitado, por indicação do juiz, na impossibilidade de atuação da Defensoria Pública, hipótese na qual faz *jus* à percepção de honorários segundo a tabela da OAB, a serem arbitrados pelo juiz da causa.

De outro bordo, a indicação de advogado para a defesa técnica de servidores públicos, às expensas do Estado, já foi objeto de lei no Estado do Rio de Janeiro, cuja inconstitucionalidade – formal e material - restou recentemente reconhecida pelo órgão especial do Tribunal de Justiça. Referimo-nos à lei estadual nº 6450[657] de 15 de maio de 2013 e à

---

[657] "Art. 1º A presente Lei se aplica às autoridades e servidores estaduais da Administração Pública direta e indireta que, em decorrência da prática de atos funcionais, venham a ocupar o polo passivo em ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade, ações criminais ou sejam indiciados em inquérito civil ou criminal, ou estejam respondendo a processos perante outros órgãos de controle, desde que atendidas, cumulativamente, as seguintes exigências:
I – o ato tenha sido praticado no exercício de cargo ou emprego efetivo ou em comissão, integrante da estrutura da administração direta, autárquica ou fundacional;

representação de inconstitucionalidade nº 0027691-96.2014.8.19.0000[658]. O colegiado declarou a inconstitucionalidade da lei por entende que lei estadual não poderia criar hipótese de inexigibilidade de licitação (CRFB, art. XXVII) e também porque "não obstante a tese de que a lei visa a resguardar o ato administrativo praticado pelo servidor ou pela autoridade pública, quando presentou o órgão público; na verdade, a lei estadual vai na contramão de todo o arcabouço constitucional de proteção à moralidade administrativa".

Assim, a indicação de advogado para atuar na defesa técnica de agente de segurança do estado investigado pela prática de crime decorrente do uso de força letal no exercício da profissão, às expensas do estado, incide no vício de inconstitucionalidade, na medida em que não se pode compelir o advogado a atuar gratuitamente na defesa de terceiros, sob pena de violação ao princípio da liberdade, assim como não pode o estado custear a defesa técnica de seus servidores, sob pena de maltratar o princípio da moralidade administrativa.

Deste modo, se Advocacia Geral da União e as Procuradorias Gerais do Estados não podem, sob pena de desvio de suas atribuições constitucionais, ser indiciadas genericamente para a defesa dos servidores dos respectivos entes e os profissionais da advocacia não podem ser compelidos a atuar *pro bono*, não cabendo, de igual modo, aos entes federados custear os honorários advocatícios para a defesa de seus servidores (a lei 13.964 sequer trata do tema), a quem caberia a defesa técnica dos agentes de segurança do estado que "citados" na forma do arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM quedarem-se inertes?

II – o ato atacado não seja contrário a parecer da Procuradoria Geral do Estado, emitido até a data do ato;
III – o ato atacado tenha sido precedido de parecer ou manifestação de órgão integrante do Sistema Jurídico Estadual, quando tal condição for expressamente exigida pela lei ou regulamento, e não contrarie tal parecer ou manifestação;
IV – o ato atacado não tenha sido omisso quanto à circunstância que, por expressa previsão legal, deveria ter sido enfrentada ou mencionada.
§ 1º. Na hipótese em que não era exigível parecer ou manifestação prévia de órgão integrante do Sistema Jurídico Estadual a aplicação da presente lei dependerá de análise posterior do referido órgão, que deverá verificar, em especial, a consistência das imputações feitas em confronto com as justificativas do ato.
§ 2º A presente Lei também se aplica quando a ação decorrer de imputação irrazoável de não prestação de informações".

[658] Trechos do acórdão prolatado pelo órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na representação de inconstitucionalidade nº 0027691-96.2014.8.19.0000: "(...)32. A permissão de contratação direta de serviços advocatícios pelo Estado do Rio de Janeiro para defender seus agentes públicos trata-se de evidente inovação legislativa, criando hipótese de inexigibilidade licitatória, cujo campo normativo não é afeto ao ente federativo, por expressa determinação constitucional. (...)39. Ultrapassados os vícios ora apresentados, a norma ainda padece de inconstitucionalidade por violação ao princípio da moralidade pública. 40. O art. 1º da Lei Estadual nº 6.450 elenca as hipóteses específicas em que o servidor ou a autoridade pública deverão ser defendidos pela contratação direta de advogado a ser custeado pelo Erário. São elas: "venham a ocupar o polo passivo em ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade, ações criminais ou sejam indiciados em inquérito civil ou criminal, ou estejam respondendo a processos perante outros órgãos de controle(...)41. Não obstante a tese de que a lei visa a resguardar o ato administrativo praticado pelo servidor ou pela autoridade pública, quando presentou o órgão público; na verdade, a lei estadual vai na contramão de todo o arcabouço constitucional de proteção à moralidade administrativa.".

A resposta só pode ser uma: À Defensoria Pública.

Cabe à Defensoria Pública atuar na defesa técnica dos agentes de segurança do estado nas hipóteses especificadas no art. 14-A do CPP e no art. 16-A do CPPM, como se passa a demonstrar, quando estes, citados, quedarem-se inertes, uma vez que Instituição possui entre seus objetivos a defesa da dignidade humana, do estado democrático de direito, da ampla defesa e do contraditório (LC nº 80/1994, 3º-A, incisos I, III e V)[659] e como uma de suas funções institucionais *"acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado"* (LC nº 80/1994, art. 4º, inciso XIV). Deste modo, decorre diretamente da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública a missão institucional de zelar pela garantia da ampla defesa, da qual decorre a atribuição expressa de acompanhar inquéritos policiais, quando o preso não constituir advogado. Da exegese de tais norma apenas uma conclusão é possível: a Defensoria Pública é a instituição incumbida de atuar nos procedimentos investigatórios que apurem o uso da força letal por agentes de segurança, desde que estes, "citados" no curso das investigações, não constituírem advogado.

Comentando o art. 4º, XIV da LC nº 80/1994, em obra anterior à vigência da Lei nº 13.964/19, DIOGO ESTEVES e FRANKLYN ROGER, já afirmavam:

> "Embora o acompanhamento da fase de inquérito policial ainda atormente a estrutura organizacional da Defensoria Pública, o art. 4º, XIV da LC nº 80/1994 estabelece como função institucional 'acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado'.
>
> Diante da natureza pública e irrenunciável do direito de defesa, se revela imprescindível o acompanhamento do acusado pela defesa técnica deste o momento inicial da investigação policial, assegurando a legalidade dos atos praticados no inquérito e garantindo a observância dos direitos fundamentais do indiciado.
>
> Como lembra o Professor SÍLVIO ROBERTO MELLO MORAES, 'no Estado do Rio de Janeiro havia sido criado um órgão de atuação, denominado Núcleo de Defesa da Cidadania, que tinha como finalidade assistir aos presos quando da lavratura do auto de prisão em flagrante nas Delegacias da Capital, sem que o mesmo não tivesse advogado, num regime de plantão, funcionando o órgão 24 horas por dia'. No entanto, em virtude da carência de investimentos estatais na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, esse iniciativa acabou sendo suspensa"[660]

Concluindo, se o investigado for citado da instauração da investigação e não constituir advogado caberá à autoridade responsável pela investigação abrir vista dos autos à

---

[659] Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:
I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais
II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;
III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e
IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

[660] ESTEVES, Diogo e SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 463.

Defensoria Pública para o exercício da ampla defesa do investigado (defesa técnica), sob pena de nulidade dos atos de investigação subsequentes.

VI. A QUEM E A QUAIS HIPÓTESES AS NORMAS SE DIRIGIEM

Examinaremos agora a quem as normas do art. 14-A do CPP e do art. 16-A do CPPM se dirigem e em que hipóteses elas se aplicam.

Para a adequada compreensão do tema, é preciso assinalar que a segurança pública, nos termos do art. 144 da CRFB, é "exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio", competido à polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, cada instituição no âmbito de suas atribuições.

No tocante às Forças Armadas, de outro lado, o art. 142 da Constituição da República dispõe: "As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem".

A Constituição da República atribuiu às Formas Armadas três missões distintas, a saber: (i) a defesa da Pátria; (ii) a garantia dos poderes constitucionais e (iii) a defesa da lei e da ordem. As duas primeiras atribuições são precípuas das Forças Armadas, sendo a primeira externa e a segunda interna; constituindo a defesa da lei e da ordem – a terceira - atribuição meramente subsidiária, haja vista que tal missão compete primariamente às instituições policiais, elencadas no art. 144 da Carta Magna.

A propósito as lições de FERNANDO CUNHA, citadas por CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES:

"Como assevera Fernando Cunha, 'as missões constitucionais precípuas atribuídas às Forças Armadas evidenciam dois campos de atuação. O primeiro deles, de autuação externa, refere-se à defesa da Pátria, contra agressões estrangeiras, devendo ser mantidos a todo custo o território e a soberania nacionais. O segundo, de atuação interna, trata da defesa das instituições democráticas, como garante dos três poderes constitucionais'. Acrescenta o autor que a Carta Magna também 'reservou às Forças Armadas a atribuição eventual e subsidiária, de atuação interna, de garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer um dos chefes dos poderes constitucionais. Trata-se de atribuição subsidiária, haja vista que a atribuição precípua de manutenção da ordem pública pertence aos órgãos constantes do art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988"[661].

O emprego das Forças Armadas para a defesa da lei e da ordem é regulamentada pela Lei Complementar nº 97/99 e pelo Decreto 3897/2001.

Dito isto, é possível afirmar que a norma do art. 14-A do CPP, acrescida pela Lei 13.964/19 se aplica aos policiais federais, aos policiais rodoviários federais, aos policiais ferroviários federais, aos policiais civis, aos policiais militares e bombeiros militares, ser-

---

[661] NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de direito processual penal militar. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241-242

vidores públicos aos quais a Constituição atribui a tarefa de prover segurança pública.

A indagação que surge neste momento é a seguinte: A norma do art. 14-A também se dirige aos militares das Forças Armadas? A resposta está no § 6º do art. 14-A, que estabelece que "As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem". Em outras palavras, a norma do art. 14-A do CPP se aplica aos militares federais apenas e tão somente quando do exercício da atribuição subsidiária das Forças Armadas, consistente na garantia da lei e da ordem. Em suma, o art. 14-A do CPP somente se aplica aos militares federais quando do exercício da terceira atribuição dirigida às Forças Armadas pelo art. 142 da Constituição (garantia da lei e da ordem), não se aplicando quando o militar está no exercício das atribuições próprias do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica (defesa da Pátria e dos poderes constitucionais).

No que tange ao art. 16-A do CPPM, tem-se que a citada norma é praticamente um clone da norma do art. 14-A do CPP, tendo sofrido pequena alteração, apenas para direcioná-la aos "servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares", haja vista que somente os militares estaduais praticam crimes sujeitos a julgamento pela Justiça Militar dos Estados (civil não pratica crime militar de competência da Justiça Militar Estadual), nos termos do art. 125, §§ 4º e 5º, da CRFB[662]. Em relação às Forças Armadas, o § 6º do art. 16-A do CPPM repete o disposto no art. 14-A do CPP, aplicando-se em relação aos militares federais, portanto, tudo o que fora dito acima.

Assim, pode-se afirmar que as normas dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM dirigem-se aos servidores públicos incumbidos da segurança pública (CRFB, art. 144) e aos militares das Forças Armadas, estes quando no exercício da função atípica de garantia da lei e da ordem, regulamentada pela Lei Complementar nº 97/99 e pelo Decreto 3897/2001, quando investigados pelo uso da força letal no exercício da profissão.

Estabelecido a quem as normas se dirigem, cumpre delimitar em que hipóteses elas se aplicam.

O *caput* dos art. 14-A do CPP e 16-A do CPPM estabelecem o seguinte:

> Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação *de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada*, in-

---

[662] Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição...
§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).
§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

cluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de *fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada*, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.

O exame das normas exige que se aparte as situações em que o evento morte se consuma das situações em que o evento morte é atribuído ao agente de segurança do estado na modalidade tentada.

Nos casos em que o evento morte se verifica, as normas se aplicam independentemente do resultado morte decorrer de dolo ou culpa, desde que decorrente do prévio uso da força pelo agente de segurança do estado no exercício da profissão. Quer-se com isto dizer que as normas se aplicam às hipóteses de crimes dolosos contra a vida, aos delitos preterdolosos com resultado morte (lesão corporal seguida de morte, maus-tratos seguido de morte, tortura qualificada pelo resultado morte etc.) e aos delitos culposos, sempre que decorrentes o uso da força.

Alguns exemplos podem ser úteis: (i) imaginemos que durante uma abordagem policial o abordado esboce reação no sentido de sacar uma arma e o policial responsável pela abordagem efetue um disparo de arma de fogo, que vem a ser a causa *mortis* da vítima (conduta dolosa); (ii) durante uma abordagem policial, o abordado tenta empreender fuga e tão logo capturado começa a se debater, tornado necessário o uso progressivo da força pelos servidores envolvidos na abordagem, sendo que um deles aplica uma "gravata" no pescoço da vítima, causando, por impudência, o resultado morte, por asfixia (conduta culposa); (iii) um agente do estado, após abordar uma pessoa, com vontade livre e consciente lhe ofende a integridade física por meio de um soco; a pessoa abordada ao receber o soco se desequilibra, cai ao solo, e bate com a cabeça na calçada, vindo a óbito (conduta preterdolosa).

Nos três exemplos figurados, as novas normas do CPP e do CPPM aplicar-se-ão, uma vez que o resultado morte, independentemente de ter decorrido de conduta dolosa, culposa ou preterdolosa derivou do prévio emprego da força pelo agente de segurança do estado no desempenho de suas atribuições.

Mas não é em qualquer hipótese em que o agente de segurança do estado, no exercício de sua profissão, dá causa à morte de uma pessoa, que as novas normas se aplicam. Tenhamos em mente o seguinte exemplo: um policial militar, na condução de uma viatura policial, por imprudência, colide em outro veículo, decorrendo da colisão a morte de seu companheiro de serviço. Tal fato não dará ensejo à aplicação do art. 14-A do CPP ou do art. 16-A do CPPM (normas especiais), mesmo tendo ocorrido o evento morte, na medida em que a conduta causadora do resultado letal não decorreu do prévio emprego de força policial. Neste caso, o exercício da ampla defesa na primeira etapa da persecução penal é *facultativo*, ficando a critério do investigado constituir advogado ou indicar defensor público para atuar no curso das investigações, sendo hipótese, portanto, de aplicação

direta do art. 5º, LV, da CRFB e da regra geral do art. 14 do CPP (aplicável às investigações no âmbito militar, nos termos da art. 3º, *a*, do CPPM).

Assim, pode-se dizer que as normas dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM aplicam-se a todos os casos em que o resultado morte da vítima for causado, dolosa ou culposamente, por agente de segurança do estado, no exercício da profissão, *desde que o evento morte decorra do prévio uso da força.*

Ocorre que consta dos textos legais citados que as normas se aplicam mesmo quando evento morte seja meramente tentado. Nesta hipótese específica, a incidência das normas pressupõe que o agente de segurança do estado tenha agido dolo de matar (animus necandi) *ab intio* e o resultado morte da vítima não tenha ocorrido por circunstâncias à vontade da agente estatal, posto que somente nesta hipótese pode-se falar no resultado morte tentado.

Além disso, o art. 14-A do CPP faz referência ao art. 23 do Código Penal, ao passo que o art. 16-A do CPPM faz a alusão aos arts. 42 a 47 do Código Penal Militar. Especificou o legislador que as novas regras se aplicam ainda que a investigação se refira ao uso da força letal pelos agentes de segurança do estado, mesmo que em um primeiro momento a autoridade responsável pela investigação vislumbre que o servidor público ou militar investigado agiu acobertado por causa excludente da ilicitude.

A preocupação do legislador é compreensível.

Não tivesse o legislador primado pela clareza, vozes se levantariam no sentido de que as novas regras não se aplicariam àqueles casos em que *ab initio* se tem indícios de que o servidor público ou militar agiu acobertado por causa excludente da ilicitude (mais comumente a legítima defesa), uma vez que o fato não constitui crime, fazendo com que tempos depois o servidor seja denunciado pelo fato, sem que tenha sido garantido o seu direito à ampla defesa na fase pré-processual.

Para impedir que tal expediente desvirtuasse a aplicação dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM, optou o legislador por estampar no texto legal que independentemente do fato, no início da investigação, indicar que o agente de segurança do estado agiu acobertado por causa excludente da ilicitude, a ampla defesa mesmo assim deve lhe ser garantida desde o início das investigações. A precisão do texto impede que o servidor da segurança pública seja surpreendido com uma denúncia por fato decorrente do uso da força letal no exercício da profissão.

Uma última observação: o § 1° dos arts. 14-A do CPP e 16-A do CPPM estabelecem que o investigado será citado "*da instauração do procedimento investigatório*". É preciso delimitar com precisão este momento procedimental para que se estabeleça o marco a partir do qual a ausência de defesa técnica importará na nulidade dos atos de investigação subsequentes.

A toda evidência, não se deve confundir instauração de investigação com indiciamento do investigado.

O CPP não faz alusão ao ato de indiciamento. É § 6°, do art. 2°, da Lei n° 12.830/2013 que estabelece que, "o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias". Depreende-se da citada norma que o indiciamento

somente ocorre ao final da investigação, via de regra no relatório, quando a autoridade policial vislumbra a existência de um crime (materialidade) e indícios de que o investigado é o se autor. NORBERTO AVENA com precisão assevera que "o § 2°, do art. 6°, da Lei 12.830/2013 deixa claro que o indiciamento ocorre apenas ao final do inquérito (na prática costuma ocorrer no relatório, sob a forma de conclusão, após a menção às diligências realizadas), quando a este já incorporados os elementos que permitam ao delegado, apreciando o conjunto das providências adotadas, decidir se indicia ou não o indivíduo. Logo, no curso do inquérito policial existe simplesmente a figura do *investigado*. Essa distinção entre as condições de investigado e de indiciado pode ser constatada em dispositivos do Código de Processo Penal cuja redação foi alterada por leis editadas em época mais recente. É o caso, por exemplo, do seu art. 405, § 1°, o qual, modificado pela Lei 11.719/2008, passou a referir que 'sempre que possível, o registro dos depoimentos do *investigado, indiciado*, ofendido e testemunha será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética"[663]

Demais disso, sendo o ato de indiciamento privativo do delegado de polícia, tal ato inexiste nos demais procedimentos investigatórios instaurados para a apuração de uma infração penal, de modo que é possível afirmar que o não é do ato indiciamento que o investigado deve ser citado, seja porque o ato é privativo de delegado de polícia, seja porque o indiciamento, em regra, ocorre no relatório final apresentado pela autoridade policial. Condicionar a citação do investigado ao seu indiciamento significa tornar as normas dos art. 14-A do CPP e 16-A do CPPM meros adornos processuais despidos de utilidade.

Noutro vértice, em que pese as normas citadas afirmarem que o investigado deve ser citado da *instauração* do procedimento investigatório, tem-se que o CPP e CPPM não delimitam em que momento o procedimento dever ser dado por instaurado. A prática revela que uma investigação inteira pode ser conduzida do início ao fim sem que um ato próprio de instauração seja lançado nos autos, assim como pode ocorrer de um procedimento investigatório ser formalmente instaurado sem que se tenha indícios mínimo de autoria, não havendo quem possa ser citado.

Deste modo, não havendo delimitação clara quanto ao momento em que se pode considerar uma investigação como instaurada, entendemos que o investigado deve ser citado a partir do momento em que surge no procedimento investigatório indícios mínimos de autoria em relação ao agente de segurança do estado. O primeiro ato de investigação que aponte para o servidor público ou militar como autor dos fatos marca o momento adequado para que se realize a sua citação. Se assim não for, o momento próprio para a citação do investigado ficará a critério da autoridade responsável pela investigação, impossibilitando o controle da legalidade das investigações.

VII. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª edição. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora

---

[663] AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª edição. São Paulo: Método, 2017. p. 193.

Revista dos Tribunais, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 11ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreiras; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz, coordenadores. Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

ESTEVES, Diogo e SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de direito processual penal militar. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPÍTULO XV

TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E DEFESA PENAL

WERNER ABICH RECH

Pós-Graduado em Direito Público pela UNIDERP. Defensor Público do Distrito Federal.

CAPÍTULO XV - TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E DEFESA PENAL

ALGUMAS SIMILARIDADES DAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E DO BRASIL

"A lei, por outro lado, compartilhando a preocupação de abstrair e universalizar, transforma pessoas concretas em sujeitos jurídicos generalizados. A diferença entre os agentes fictícios da filosofia moral e os da lei é que o sujeito jurídico é uma persona ou máscara colocada em pessoas reais que, diferentemente das abstrações da filosofia moral, magoam, sentem dor e sofrem."

(DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights** – Critical legal thought at the turn of the century. 1a ed. – Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 239)[664]

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são uma miríade de direitos voltados para o propósito de proteger os elementos mínimos que possibilitem a convivência harmônica dos seres de nosso planeta, conferindo as condições mínimas de existência dentro de um contexto histórico. Contudo, verifica-se que tal direitos tomou força no ocidente após a 2ª Guerra Mundial. Tal situação se deve possivelmente à dominância ocidental revelada em 1945, bem como a crescente econômica que se demonstrou nos anos que seguiram.

Tais informações tem sua relevância quando analisamos o histórico dos Direitos Humanos. Certamente esse histórico não se limita ao Ocidente, pois as referências mais antigas sobre esse ramo do Direito foram localizadas no Oriente. Sem olvidar tal aspecto é importante registrar que o presente artigo tratará dos Direitos Humanos no contexto ocidental com ênfase no procedimento penal.

Internacionalmente o Tribunal Penal Internacional – TPI tem a mais ampla competência criminal atualmente, no que se refere à Justiça Penal Internacional – JPI. Diferentemente da Corte Internacional de Justiça, que examina litígios entre Estados, o TPI julga apenas indivíduos. É o único órgão internacional que pode julgar pessoas, ou seja, responsabiliza diretamente um cidadão que tenha cometido algum ato considerado crime internacional, dentro dos seus critérios de competência.

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma (Conferência de Roma de 1998), diante dos diversos eventos lamentáveis que humanidade passou nos quase 100 anos que antecederam a sua criação. Esses eventos convergiram esforços

---

[664] *"The law, on the other hand, sharing the preoccupation to abstract and universalize, turns concrete people into generalised legal subjects. The difference between the fictional agents of moral philosophy and those of the law, is that the legal subject is a persona or mask put on real people who, unlike the abstractions of moral philosophy hurt, feel pain and suffer."*

internacionais para a criação de um organismo intergovernamental permanente, competente para examinar quatro tipos de ilícitos, desde que sejam de maior gravidade e que afetem a comunidade internacional em seu conjunto: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes de agressão e genocídio. Sua sede fica em Haia (Países Baixos), conforme estabelece o Artigo 3º do Estatuto de Roma, e iniciou suas atividades em julho de 2002, quando ocorreu a 60ª ratificação do Estatuto.

Antes do TPI existiram outros tribunais penais internacionais que deram forma à atual Justiça Penal Internacional, como é o caso do Tribunal de Nuremberg, Tribunal Internacional Militar de Tóquio; Tribunal para a ex-Iugoslávia; e, Tribunal para Ruanda. Todos sofreram críticas, pois foram tribunais criados para uma situação específica (*ad hoc*); criados após os fatos que julgaram (*post factum*); e, a composição foi determinada pelos vencedores para julgar os vencidos. Essas críticas não podem ser dirigidas ao TPI, já que se trata de tribunal permanente, com composição determinada pela Assembleia dos Países Membros do Estatuto de Roma e tipos penais previamente estipulados.

Importa deixar claro que o TPI tem suas raízes na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, onde consta a menção sobre uma corte internacional que julgaria tais crimes, conforme bem apontado pela professora Flávia Piovesan, senão vejamos:

> Acrescenta a Convenção que as pessoas que tiverem cometido genocídio serão punidas, sejam governantes, funcionários ou particulares. Quanto ao julgamento do crime de genocídio, o art. 6º da Convenção estabelece que "as pessoas acusadas de genocídio serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato praticado ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que que lhe tiverem reconhecido a jurisdição". Constata-se, assim, que desde 1948 era prevista a criação de uma corte penal internacional para julgamento do crime de genocídio. O raciocínio era simples: considerando que o genocídio era um crime que, por sua gravidade, afrontava a ordem internacional, e considerando ainda que, em face de seu alcance, as instâncias nacionais poderiam não ser capazes de processar e julgar seus perpetradores, seria razoável atribuir a uma corte internacional a competência para fazê-lo.[665]

Logo, esse é o tribunal que aponta os caminhos mais vanguardistas no que diz respeito ao Direito Processual Penal Internacional – DPPI, pelo menos nos primeiros anos do século XXI, bem como o nascimento de uma jurisdição permanente universal é considerado um grande passo em direção da universalidade dos Direitos humanos e do respeito ao direito internacional. Além disso, alguns doutrinadores[666] acreditam ser a base

---

[665] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* – 11ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 228/229.

[666] *"Their Empire states categorically that a fully functioning global constitution is emerging. It includes a new concept of supranational right, a new design for the production of norms and new instruments of coercion. This imperial constitution supersedes national and international law and creates the legal framework for regulating global social, economic and political processes. Its norm-generating institutions include the United Nations and economic and financial bodies such as the World Bank, the IMF and the WTO. A similar desire to constitutionalise the global order is evident in the writing of international lawyers. The standard American*

dos efeitos constitucionais universais.

1. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A jurisdição do TPI é estipulada por meio do preenchimento de um ou mais requisitos, pois não possui jurisdição universal, senão vejamos: a) O acusado é um nacional de um Estado Parte ou de qualquer Estado que aceite a jurisdição do Tribunal (art. 12, §2º, alínea "b", do Estatuto de Roma); b) O crime tiver ocorrido no território de um Estado Parte ou de qualquer Estado que aceite a jurisdição do Tribunal (art. 12, §2º, alínea "a", do Estatuto de Roma); c) O Conselho de Segurança das Nações Unidas tenha apresentado a situação ao Procurador, não importando a nacionalidade do acusado ou o local do crime; d) O crime tiver ocorrido após 1° de julho de 2002 (art. 11, §1º, do Estatuto de Roma); e) Caso o país tenha aderido ao Tribunal após 1° de julho, o crime tiver ocorrido depois de sua adesão, exceto no caso de um país que já tivesse aceito a jurisdição do Tribunal antes da sua entrada em vigor (art. 11, §2º, do Estatuto de Roma); e, f) O acusado deve possuir 18 anos na data do crime (art. 26)[667].

Além disso, existe limitação aos crimes previsto no Estatuto de Roma (arts. 6º, 7º e 8º[668], do Estatuto de Roma). Os elementos constitutivos desses crimes podem ser moldados pela maioria de 2/3 da Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma (art. 9º, §1º[669], do Estatuto de Roma), não podendo esses moldes serem incompatíveis com as disposições do Estatuto de Roma.

Desse modo, vemos que a competência do TPI tem dimensões territoriais (local onde ocorreu o crime), materiais (espetro limitados de tipos penais), pessoais (pessoas físicas maiores de 18 anos) e temporais (atos cometidos após 1º de julho de 2002).

Outra situação que dá um toque de complexidade à competência do TPI é a subsidiariedade às jurisdições nacionais. Nas palavras de Flávia Piovesan:

> Considerando que a Corte Internacional é complementar à jurisdição penal nacional, o art. 17 do Estatuto prevê os requisitos de admissibilidade para

international law textbook states that 'the idea of human rights has become a universal political ideology and a central aspect of the ideology of constitutionalism'. Jurgen Habermas agrees: 'Cosmopolitan law is a logical consequence of the idea of the constitutive role of law. It establishes for the first time a symmetry between the justification of social and political relations both within and beyond the state's borders.' The rather onerous task of spiriting into existence a world constitution out of the parsimonious provisions of the UN Charter and the Delphic (and often non-binding) pronouncements os the World Court, has been undertaken in the main by American and German legal academics." (DOUZINAS, Costas. Human Rights and Empire – The political philosophy of cosmopolitanism. 1a ed. reimp. – Oxford: Routledge-Cavendish, 2007. p. 226.)

[667] *"No que tange à competência ratione personae, a regra é que o Tribunal só exerce sua jurisdição para pessoas físicas maiores de 18 anos. Portanto, excluem-se da competência do TPI os Estados, as organizações internacionais e as pessoas jurídicas de direito privado."* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. – 5. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 216.

[668] O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão, cujo tipo penal só foi acordado em 2010, na Conferência de Kampala, Uganda.

[669] "Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes."

o exercício da jurisdição internacional. Dentre tais requisitos, destacam-se a indisposição do Estado-parte (quando, por exemplo, houver demora injustificada ou faltar independência ou imparcialidade no julgamento) ou sua incapacidade em proceder à investigação e ou julgamento do crime (quando houver o colapso total ou substancial do sistema nacional de justiça).[670]

Seguindo na mesma toada:

> Na ordem contemporânea, inadmissível é o silêncio e a indiferença da comunidade internacional, especialmente em face de atrozes violações a direitos humanos. Do princípio da não intervenção no âmbito internacional (reflexo mesmo da noção clássica de soberania absoluta do Estado), transitou-se ao "direito de ingerência" e mais recentemente à chamada *responsibility to protect* (responsabilidade internacional de proteção). Da proibição de ingerência passou-se, assim, ao direito de ingerência, para culminar em um quase "dever" de intervenção internacional, em casos de graves e sistemáticas violações a direitos.[671]

Logo o tribunal não exerce a sua jurisdição caso o Estado tenha exercido adequadamente a sua. Nas palavras de André de Carvalhos Ramos:

> A fim de determinar se há ou não vontade ou capacidade de um Estado em agir em um determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, deve verificar a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:
>
> a) intenção evidente do Estado de usar o processo nacional para subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, gerando impunidade;
>
> b) delonga injustificada no processo;
>
> c) condução tendenciosa e parcial, ou seja, incompatível com a intenção de fazer justiça;
>
> d) eventual colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça, que, assim, não está em condições de realizar ou concluir o processo.
>
> O art. 20, § 3º, do Estatuto chega ao ponto de esclarecer que o TPI não julgará de novo o criminoso, salvo se o processo criminal nacional tiver sido feito para obtenção da impunidade. Quem decide se o julgamento nacional, mesmo que chancelado pela Suprema Corte local, foi um simulacro para a obtenção da impunidade? O próprio TPI.[672]

Assim a adequação do exercício da jurisdição penal nacional é analisada pelo TPI. Entendendo tratar-se de um julgamento voltado para gerar impunidade o TPI pode levar

---

670 PIOVESAN, op. cit., p. 234.

671 PIOVESAN. op. cit., p. 237.

672 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 525/526.

o caso ao seu crivo, se a Procuradoria do TPI assim também entender.

Obviamente que tal posição merece críticas quando confrontado com o instituto da coisa julgada *pro reo*. Inicialmente haveria uma absolvição na jurisdição interna que inviabilizaria novo julgamento interno, conforme os termos da CRFB[673] e do Código de Processo Penal[674]. Isso tornaria a submissão à jurisdição internacional inconstitucional. No entanto, a jurisdição do TPI é baseada no pacta sunt servanda, pois o Brasil aceitou tal jurisdição onde o princípio kompetenz-kompetenz[675] é inerente por se tratar de um órgão julgador que tem a mínima atribuição para decidir sobre o alcance de sua competência, nos moldes do Estatuto de Roma.

Além disso, podemos encontrar posição similar na doutrina, *ex vi*:

> No limite, não há desobediência ao princípio tradicional do Direito Penal do *non bis in idem*. De fato, a qualidade de coisa julgada da sentença penal local foi obtida para a obtenção da impunidade, em típico caso de simulação com fraude à lei. Esse vício insanável torna inoperante o seu efeito de imutabilidade do comando legal e permite o processo internacional. Por fim, não há identidade dos elementos da ação, entre a causa nacional e a causa internacional. De fato, o pedido e a causa de pedir, no plano internacional, são amparados em normas internacionais, o que não ocorre com a causa doméstica.[676]

Em outras palavras Valério Mazzuoli, *in verbis*:

> A primeira característica marcante do TPI diz respeito ao seu caráter supraconstitucional. Tal é devido ao fato de o seu Estatuto não ser qualquer tratado, mas um tratado especial de natureza centrífuga, cujas normas derrogam (superaram) todo tipo de norma do Direito interno. Os tratados ou normas de direitos humanos centrífugos são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que saem (ou fogem) do centro, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando o sujeito ou o Estado (e a relação jurídica subjacente) do seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua região planetária, para levá-los à autoridade da justiça universal. Enfim, são tratados ou normas de

---

[673] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[674] Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:
[...]
V - coisa julgada.

[675] É o instituto pelo qual todo juiz tem competência para analisar sua própria competência, de forma que nenhum juiz é totalmente incompetente, pois ao verificar sua incompetência - absoluta - tem competência para reconhecê-la.

[676] RAMOS, op. cit., p. 538.

> direitos humanos que regulam situações ou relações que fogem dos limites da jurisdição doméstica ou regional da qual um Estado é parte, conduzindo o Estado ou o sujeito (no caso do TPI, apenas o sujeito) a um órgão jurisdicional global (perceba-se que não se está a falar aqui de órgãos regionais, como a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas sim de um organismo nas Nações Unidas com atuação universal). O único órgão jurisdicional com alcance universal atualmente existente é o TPI; daí seu status supraconstitucional em face dos ordenamentos domésticos.[677]

Logo, embora as críticas sejam sérias, todo sistema internacional, bem como boa parte da doutrina, aponta para a validade dos julgamentos acerca da competência do TPI para analisar casos que já tenham sido nacionalmente julgados de forma fraudulenta.

2. O PROCURADOR DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O polo ativo do processo penal no TPI sempre será exercido pelo Procurador do TPI. No entanto ele recebe estímulos iniciais de diversas fontes, fazendo uma filtragem dos casos que serão levados adiante perante o Tribunal Penal Internacional.

Podem levar crimes internacionais ao conhecimento do Procurador os seguintes atores internacionais: Estado Parte do Estatuto de Roma (art. 14 do Estatuto de Roma) e O Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (art. 13, alínea "b"). Além disso, verifica-se que o Estatuto de Roma conferiu implicitamente o princípio da oficialidade ao Procurador, pois esse pode de ofício instaurar procedimento investigativo, bem como levar ao conhecimento do TPI a denúncia oriunda dos indícios e provas encontradas no procedimento investigativo (art. 13, alínea "c", do Estatuto de Roma).

Nesse ponto os meios de persecução penal se assemelham ao estipulado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, pois em ambos os sistemas existe a figura do *dominus litis* (Art. 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB). Importante notar que a condição de *dominus litis* no Brasil não é absoluta. Já a mesma condição é absoluta no TPI, tendo em vista que aquela Corte exerce uma função complementar e subsidiária aos sistemas penais nacionais, tornando a atuação de sua Procuradoria limitada aquele pequeno espectro de tipificações.

No entanto, faz-se necessário apontar que a estrutura da Procuradoria do TPI está inserida no próprio organograma do TPI, em que pese se dizer autônoma. Logo, o TPI é um tribunal inquisitorial, pois o órgão de persecução penal, embora tenha certa independência administrativa, utiliza os recursos destinados ao próprio TPI. Nesse ponto a legislação brasileira teve o cuidado de conferir a independência administrativa financeira ao Ministério Público.

No que tange estritamente ao procedimento o Ministério Público não tem mais como aliado em alguns pontos o magistrado, tal neutralidade do magistrado já ocorre no TPI desde sua fundação. O art. 311 do Código de Processo Penal Brasileiro, alterado pela Lei n. 13.964/2019, não prevê mais a possibilidade da decretação da prisão de ofício pelo magistrado, sendo dever dos órgãos persecutórios realizar esse pedido.

---

[677] MAZZUOLI, op. cit., p. 213.

Redação anterior à Lei n. 13.964/2019:

> Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Redação alterada pela Lei n. 13.964/2019:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Logo, foi entregue à acusação integralmente o ônus de requerer a prisão no curso do processo. Isso traz uma imparcialidade maior ao juiz. No entanto, ainda é um pequeno passo em direção às melhores práticas processuais penais, nos moldes do que já é aplicado no TPI.

Destaca-se também a imparcialidade do Gabinete do procurador no Estatuto de Roma, que chega a afirmar que o Procurador e os seus Adjuntos devem atuar tanto no interesse da condenação do culpado quanto na absolvição do inocente. Esse cenário tem uma certa diferença no Brasil, pois embora exista a independência funcional do Promotor, que pode até mesmo requerer a absolvição de um réu, a atuação ministerial brasileira é balizada sob a ótica do zelo máximo com a sociedade em geral em detrimento da defesa do acusado.

3. A DEFESA NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Diferentemente do papel da acusação que tem estrutura material e muitas prerrogativas no próprio Estatuto de Roma, a defesa fica relegada a um subsistema que orbita o TPI. Essa forma é diametralmente oposta ao que muitos órgãos internacionais preconizam como sendo a melhor prática para os sistemas nacionais de justiça, a exemplo da Organização dos Estado Americanos – OEA (Resolução AG/RES.2928 (XLVIII-O/18)[678]) Tal posicionamento nas disposições de criação do TPI demonstram as características estritamente punitivista daquela corte.

Embora o Regulamento Processual do TPI contenha disposições[679] que exijam ex-

---

[678] *Organização dos Estado Americanos. Resolução AG/RES.2928 (XLVIII-O/18). Disponível em: <http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_18/AG07709P07.doc> - Acesso em 24 de janeiro de 2020.*

[679] *"A counsel for the defence shall have established competence in international or criminal law and procedure, as well as the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings. A counsel for the defence shall have an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court. Counsel for the defence may be assisted by other persons, including professors of law, with relevant expertise."* International Criminal Court. **The Rules of Procedure and Evidence of International Criminal Court**. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resource-li-

pertise do pretenso defensor a representar um acusado perante aquela corte, tal imposição apenas vincula um corpo jurídico externo ao tribunal. Isso faz com que a paridade material de armas não seja respeitada naquela corte. Essa afirmação se sustenta diante da vivencia diária e exclusive que a Procuradoria tem perante a corte e em contrapartida a defesa é dispersa em um espectro de escritórios e profissionais que reúnem as condições mínimas para atuar na defesa dos acusados.

Em que pese a conclusão supra, um dos motivos aparentes para tal situação é a condição dos acusados, em regra. Normalmente são membros de alto escalão em seus respectivos países e com acesso a recursos financeiros aptos a dispensar altas quantias em sua defesa. Contudo, um corpo defensivo disponível às exceções que se apresentam perante a corte deveria a regra. Um corpo defensivo permanente possibilita uma igualdade material e paridade de armas perfeita.

Veja que a opção nacional foi compor uma defesa permanente (Staff Model) por meio da Defensoria Pública. Dessa forma, não houve a dupla garantia da defesa técnica adequada, impondo requisitos mínimos de expertise para a defesa, pois já se presume essa expertise com o órgão defensorial permanente a disposição de qualquer acusado.

4. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A irresignação quanto a um julgamento é algo inerente ao ser humano, tendo em vista o essencial desconforto sofrido com a rejeição. Invariavelmente um julgamento trará o sentimento de rejeição à tese defensiva ou acusatória. Assim, o duplo grau de jurisdição existe para que deixe de pairar a dúvida sobre eventual procedência ou improcedência que poderia ser julgada caso a composição do órgão julgador fosse diferente.

Para entender o duplo grau de jurisdição no TPI faz-se necessário entender sua composição, bem como uma breve estruturação do trâmite processual. Desse modo, passamos a analisar tais aspectos.

No que nos interessa, o Tribunal é composto pelo Juízo de Instrução (Pre-Trial Chamber), o Juízo de Julgamento em 1ª Instância (Trial Chamber) e ainda o Juízo de Apelação (Appeal Chamber), nos termos do art. 34 do Estatuto[680]. Os 18 juízes da Corte são distribuídos dentre esses órgãos, salvo o Presidente que não tem atribuição jurisdicional.

Assim, temos duas Câmaras Instrução e outras duas Câmaras de julgamento, cada uma com 3 juízes. A Câmara de Apelação é única e composta por 5 juízes. Em cada órgão em que o processo será julgado é designado um relator responsável.

Formalizada, a acusação passará pelo crivo de admissibilidade, como acontece no Brasil em processos de competência originária de Tribunais (em que a denúncia passa por um julgamento de admissibilidade do Colegiado).

A diferença é que no TPI há um órgão específico para isso: o Juízo de Instrução.

---

brary/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>. p. 20, Rule 22.1. Acesso em: 24 de janeiro de 2020.

680 "O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos: a) A Presidência; b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução; c) O Gabinete do Procurador; d) A Secretaria."

Outra diferença substancial consiste no fato de que o juízo de admissibilidade é feito em audiência com a presença do acusado, sempre que possível, nos termos do art. 61, §1º[681], do Estatuto.

Admitida a acusação (isto é, afirmado pelo Juízo de Instrução que existem, de fato, indícios de materialidade e prova de autoria), será ela declarada "procedente". Tal procedência não envolve o mérito, significa apenas que a acusação é admissível e deve prosseguir análise da culpabilidade.

Pode o Juízo de Instrução declarar a acusação procedente em parte, isto é, se convenceu de que apenas parte da acusação é admissível e, ao mesmo tempo, improcedente a parte que considerar inadmissível[682].

Por fim, poderá o Juízo de Instrução adiar a audiência[683] caso entenda que o Procurador deve colher mais elementos de prova, ou mesmo para que o Procurador reconsidere seus elementos, fazendo a acusação por outro crime (ajustando/emendando sua acusação).

Já o julgamento de mérito originário será feito pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância nos termos dos artigos 62 até 64 do Estatuto de Roma. Tal como a instrução, o julgamento se dará em uma audiência e deverá contar com a presença do acusado[684] (a não ser se, excepcionalmente, o acusado não o deseje ou promova obstáculos à realização do julgamento).

---

[681] "Salvo o disposto no parágrafo 2º, e em um prazo razoável após a entrega da pessoa ao Tribunal ou ao seu comparecimento voluntário perante este, o Juízo de Instrução realizará uma audiência para apreciar os fatos constantes da acusação com base nos quais o Procurador pretende requerer o julgamento. A audiência ocorrerá lugar na presença do Procurador e do acusado, assim como do defensor deste."

[682] Art. 61, §7. "Com base nos fatos apreciados durante a audiência, o Juízo de Instrução decidirá se existem provas suficientes de que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o Juízo de Instrução:

a) Declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem sido reunidas provas suficientes e remeterá o acusado para o juízo de Julgamento em Primeira Instância, a fim de aí ser julgado pelos fatos confirmados;

b) Não declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes;"

[683] Art. 61, §7. "Com base nos fatos apreciados durante a audiência, o Juízo de Instrução decidirá se existem provas suficientes de que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o Juízo de Instrução:

[...]

c) Adiará a audiência e solicitará ao Procurador que considere a possibilidade de:

i) Apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado fato constante da acusação; ou

ii) Modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido."

[684] Art. 63 §1. "O acusado estará presente durante o julgamento."

§2. "Se o acusado, presente em tribunal, perturbar persistentemente a audiência, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá ordenar a sua remoção da sala e providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adotadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis."

A deliberação do julgamento é secreta[685], diferentemente do sistema brasileiro no qual a deliberação colegiada é feita em debate aberto e público entre os integrantes do colegiado. No TPI delibera-se de forma secreta e a deliberação assim permanece[686].

A conclusão e julgamento, inclusive mencionando os argumentos contrários à decisão final ou eventual voto vencido, tornar-se-ão públicos (a leitura do julgamento será pública).

Outrossim, o Estatuto de Roma determina que, sempre que possível, deve-se buscar a unanimidade nos julgamentos[687] (por lógica, em sendo impossível a unanimidade, prevalece a maioria).

A sentença proferida pelo Juízo de Julgamento é recorrível, possibilitando o duplo grau de jurisdição de mérito, além do juiz das garantias que é responsável pela admissibilidade da ação penal internacional. As hipóteses de cabimento de recurso encontram-se no artigo 81 do Estatuto de Roma e são basicamente 03 (três):

> a) Vício processual – quanto a esta hipótese, somente é permitida em caso de benefício ao Réu, cabendo alegação de qualquer motivo suscetível a afetar a regularidade ou equidade do julgamento. Importante salientar que o Procurador pode intentar recurso com base em vício processual mas, tão somente sob a ressalva de que o deverá ser feito em benefício do Réu.
>
> b) Erro de fato; e
>
> c) Erro de direito.

O artigo 81 prevê, ainda, uma possibilidade de recurso específica para a desproporcionalidade da pena em relação à gravidade do crime cometido[688].

O Estatuto prevê também a possibilidade de Revisão Criminal, isto é, se posteriormente ao julgamento forem encontrados elementos que comprovem a inocência do condenado, ele ou seus descendentes poderão requerer a revisão criminal, conforme o art. 84, §1, do Estatuto.

Salvo a eventual revisão, que será julgada pela Câmara de Apelação, todas as etapas do processo são julgadas por membros distintos não havendo uma prévia convicção dos julgadores ou comprometimento mental com qualquer das teses postas no processo. A existência do juízo de admissibilidade talvez seja o maior legado que poderia ser importado para o sistema brasileiro de forma uniforme.

---

[685] Art. 74 §4. "As deliberações do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão e permanecerão secretas."

[686] Art. 74 § 3. "Os juízes procurarão tomar uma decisão por unanimidade e, não sendo possível, por maioria."

[687] Art. 64, §7. "A audiência de julgamento será pública. No entanto, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá decidir que determinadas diligências se efetuem à porta fechada, em conformidade com os objetivos enunciados no artigo 68 ou com vista a proteger informação de caráter confidencial ou restrita que venha a ser apresentada como prova."

[688] Art. 81, §2º, "a". "O Procurador ou o condenado poderá, em conformidade com o Regulamento Processual, interpor recurso da pena decretada invocando desproporção entre esta e o crime;"

5. PRISÃO PROCESSUAL NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Estatuto de Roma prevê a chamada entrega (*surrender*), segundo a qual ao iniciar um procedimento criminal o TPI emitirá um mandado de prisão para que o acusado fique sob sua jurisdição.

O instituto da entrega poderia, no entanto, coincidir com alguma das hipóteses em que se veda a extradição no Brasil (como a vedação absoluta para extradição de brasileiro nato e a vedação relativa para a extradição de brasileiro naturalizado). Contudo, a doutrina aponta que não há contradição entre a CRFB e Estatuto nesse ponto, tendo em vista que entrega e extradição são institutos diversos. É o que se depreende do Art. 90 (Pedidos Concorrentes), §1, do Estatuto, senão vejamos:

> Um Estado Parte que, nos termos do artigo 89, receba um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal, e receba igualmente, de qualquer outro Estado, um pedido de extradição relativo à mesma pessoa, pelos mesmos fatos que motivaram o pedido de entrega por parte do Tribunal, deverá notificar o Tribunal e o Estado requerente de tal fato.

Assim, a entrega é a remessa de uma pessoa a um Tribunal Internacional; já a extradição é a remessa de uma pessoa à jurisdição de um outro Estado. O próprio texto do Estatuto de Roma já faz esta diferenciação, conforme já exposto o art. 90, §1.

Necessário apontar que a entrega é meramente o ato praticado pelo Estado onde tenha sido encontrado o procurado, distinto da detenção que dá origem à ordem de entrega. Necessariamente haverá um mandado de detenção, preenchidos os requisitos necessários[689], para que então seja realizada a entrega.

Logo, durante a fase de admissibilidade e a de julgamento, a regra é a liberdade do suspeito ou acusado. No entanto após o julgamento em 1ª instância penal internacional ocorre uma inversão desse conceito, sendo a prisão como regra, conforme veremos a frente.

Note que o Estatuto impõe como regra após a sentença condenatória a prisão preventiva do acusado, salvo disposição em contrário do juízo sentenciante, conforme disposto no art. 81, §3, alínea "a" e "b", do Estatuto:

> a) Salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, o condenado permanecerá sob prisão preventiva durante a tramitação do

---

[689] Art. 58, §1º. "A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Procurador, considerar que:
a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e
b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para:
i) Garantir o seu comparecimento em tribunal;
ii) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou
iii) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias."

recurso;

b) Se o período de prisão preventiva ultrapassar a duração da pena decretada, o condenado será posto em liberdade; todavia, se o Procurador também interpuser recurso, a libertação ficará sujeita às condições enunciadas na alínea c) infra;

Logo, no caso de a prisão preventiva se estender por tempo superior a pena imposta deve o réu ser liberado, nos moldes do que vem sendo aplicado no Brasil. Importante diferenciar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância da prisão preventiva. A primeira diz respeito ao efetivo início do cumprimento da pena com todos os seus efeitos materiais, já a segunda exigi a análise da existência ou manutenção dos requisitos disposto em lei. Além disso, atualmente a execução provisória da pena não é a regra no Brasil[690], pois o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a disposição do art. 283 do Código de Processo Penal que assim determina:

> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Logo, as disposições processuais penais brasileiras estão em grande parte em consonância com as disposições vigentes no Tribunal Penal Internacional, salvo alguns poucos pontos divergentes em que a legislação brasileira está avançada (liberdade como regra antes do trânsito em julgado) em relação ao TPI e em outros está defasada (implementação do Juiz das Garantias suspensa no Brasil).

6. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, vimos diversas similaridades processuais entre o procedimento realizado no TPI e o realizado no Brasil. O que leva a crer que os processo penal brasileiro adota boas práticas, com exceção de algumas disposições divergentes e ultrapassadas que aparentam estar sendo readequadas, com o objetivo de tornar o procedimento nacional equânime e mais justo. Isso não significa dizer que o processo penal brasileiro, ou o do TPI, estão próximos de um patamar de excelência, mas sim que estão caminhado em trajetórias muito próximas.

Interessa destacar que o procedimento havido para o julgamento dos crimes mais graves cometidos contra a humanidade pelo Tribunal Penal Internacional assemelha-se, por ser bifásico (prevendo um juízo de admissibilidade de acusação e um de julgamento), ao do Juiz das Garantias que foi introduzido pela Lei n. 13.964/2019. Contudo, encon-

---

[690] Supremo Tribunal Federal. ADC n. 43, 44 e 54 "O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019."

tra-se com sua eficácia suspensa pelo STF[691].

A plenitude de defesa dos direitos humanos, portanto, faz-se como princípio cogente de um processo penal internacionalizado, não apenas em favor da responsabilização penal daqueles que praticaram os piores crimes contra a humanidade, servindo, outrossim, como forma de reafirmação retórica desses direitos, que demandam um sistema de promoção, controle e garantia contínuos. Portanto, apesar da constatação de que o Direito Penal justo e humanitário ao longo da história se mostrou utópico, é necessário continuar o aprimoramento da legislação processual penal rumo à busca da imparcialidade e justiça.

7. REFERÊNCIAS

DOUZINAS, Costas. Human Rights and Empire – The political philosophy of cosmopolitanism. 1a ed. reimp. – Oxford: Routledge-Cavendish, 2007.

DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights – Critical legal thought at the turn of the century*. 1a ed. – Oxford: Hart Publishing, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos.* – 5. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 2ª ed. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* – 11ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VIGO, Rodolfo Luiz. *La injusticia extrema no es derecho – De Radbruch a Alexy*. 1ª ed. 1ª reimp. – Buenos Aires: La Ley: Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho, 2006.

[691] "Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custodia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4°, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos amici curae e a designação oportuna de audiências públicas. Publique-se. Intimem-se." (Supremo Tribunal Federal. ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 – Min. Luiz Fux. 22.01.2020)

CAPÍTULO XVI

A ATUAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI E A NOVA REFORMA ANTICRIME

RENATA TAVARES DA COSTA

Mestranda em Direitos Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito na Universidade de Buenos Aires. Pós-Graduação em "Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires"; Pós-Graduação em "100 Reglas de Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos" pela Faculdade de direito da Universidade do Chile; Pós-Graduação no Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law - American University. Ex- Conselheira do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Defensora Pública Titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias.

CAPÍTULO XVI – A ATUAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI E A NOVA REFORMA ANTICRIME

GARANTIAS PRÉ-PROCESSUAIS E DEFESA CRIMINAL PÚBLICA NO TRIBUNAL DO JÚRI

I. INTRODUÇÃO

Segundo o Código Penal, são os crimes dolosos contra a vida, em especial homicídio qualificado, que podem alcançar penas altíssimas, com graves restrições na execução. Dependendo das condições da pessoa e da unidade prisional em que vai cumprir esta pena, a sentença penal condenatória pode ser uma sentença de morte[692].

Prova disso é a nova lei 13.964/2019. Fruto de uma longa disputa iniciada com o "Projeto AntiCrime", um conjunto de propostas legislativas apresentado pelo Ministério da Justiça em fevereiro de 2019. Após quase 10 meses de debate, o projeto, que sofreu importantes alterações no Congresso Nacional e na Presidência da República, foi aprovado, incorporando propostas progressistas como o juiz de garantias, e outras, bem preocupantes[693].

Entre estas, as que produzirão impactos nos crimes do tribunal do júri. A limitação de efeito suspensivo nas apelações de condenações com mais de 15 anos de pena, o fim do livramento condicional, o aumento das frações para a progressão de regime, e a unificação de 40 anos, todas, tornam a pena do crime de homicídio praticamente uma pena perpétua, devidamente proibida pela Constituição.

Situação esta que se agrava quando considerado que estes crimes são julgados por jurados que decidem sem expor seus motivos, protegidos que estão, pelo sigilo das votações.

Desta forma, sobressai a **importância de uma defesa criminal eficaz e diligente, plena**[694]. Urge a necessidade de se reavaliar a defesa criminal, especialmente no combate a velhas práticas que podem influenciar os jurados no momento de decidir sobre a responsabilidade penal do acusado.

Entre estas velhas práticas, a confissão feita em delegacia sem a presença de um defensor público ou privado, ou a testemunha que faz o reconhecimento em delegacia e que não é encontrada para depor em juízo. Estas provas, por si só, não poderiam justificar

---

[692] **RODRIGUES, Léo. Crise em presídios do Rio faz mortes subirem 114% em 7 anos. Repórter da Agência Brasil, Rio de Janeiro, 20 set. 2019. Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-04/morte-de-presos-por-doencas-cresce-114-em-presidios-do-rj-em-7-anos.Acesso em 30 jan. 2020.**

[693] BRASIL. Lei 13. 964 de 24 de Dezembro de 2019. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Poder Executivo, Brasília, DF, 24/12/2019, Edição: 248-A, |Seção: 1 - Extra | Página: 1

[694] COSTA, Renata Tavares. O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri. **Revista de Direito da Defensoria Pública Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro** Rio de Janeiro, v. 26, n. 27, p; 191 , dez 2017. Disponivel em <http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/ec26349a2a9b441fa0f921205c1cb092.pdf.> Acesso em 25 dez, 2019.

uma condenação, com base no art. 155 do CPP. Mas, não há como dimensionar o impacto delas na decisão de cada jurada ou jurado.

Levando em consideração, por um lado, que a grande maioria dos casos que chegam à sessão plenária são da Defensoria Pública. E que, por outros, os acusados tem direito a ser defendido pelo defensor natural[695], é imprescindível uma avaliação séria **sobre a atuação da defesa criminal desde os primeiros momentos do crime**.

Neste contexto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se apresenta como uma ferramenta para o Defensor Público, guiando sua atuação, por um lado, e proporcionando educação em direitos humanos do sistema de justiça, por outro.

Daí a proposta deste artigo. Partindo da gravidade da pena, da impossibilidade de avaliar o impacto da prova produzida na fase policial na decisão dos jurados, da necessidade de se reforçar a eficácia da Defesa Criminal pública prestada pela Defensoria Pública, investigar as garantias pré-processuais a à luz da jurisprudência do Sistema Interamericano.

II. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E SUA RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

A criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fruto do movimento de direitos gerados no pós II Guerra: dos horrores dos campos de concentração, os Estado resolvem construir um marco normativo internacional para reconhecer os direitos da pessoa humana, regulamentando seus deveres e obrigações em relação a ela. De acordo com PINTO:

> "Como sucede siempre, la realidad es la que brinda el marco para que el derecho se desarrolle. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial, quizá únicos pro su magnitud, por su calidad, inspiran los Estados para construir un nuevo orden internacional en que el respeto de los derechos del ser humano debe encontrar su lugar."[696]

Infelizes fatos que provocaram o fenómeno da internacionalização dos direitos humanos, historicamente.[697] De acordo com Pinto, este processo começou com a Carta da ONU de 1946que em seu art. 1.3 prevê como um de seus propósitos:

> "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y **en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos** y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

[695] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág. 513.

[696] PINTO, Mónica. **Temas de Derechos Humanos**. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. Pág 9.

[697] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2003.

Tomou o Continente Americano desde a criação da Organização dos Estados Americanos. Assim foi que em na 9ª Conferencia Interamericana realizada em Bogotá em 1948 foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos concomitantemente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nascendo assim o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O SIDH é formado por dois subsistemas. O primeiro é o da Carta e da Comissão Interamericana seguido pelo Sistema Convenção.

Inicialmente explica LEDESMA[698], que o "Sistema Carta da OEA" é o sistema Inicial de proteção. A carta não define os direitos humanos e, por isso foi complementado pela Declaração Americana de Direitos Humanos[699] tendo como órgão de monitoramento e consulta a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)[700]. A CIDH é órgão central de monitoramento e promoção de direitos Humanos. Nesta função, o instrumento principal são os informes por países, das relatorias e dos casos individuais que possuem recomendações especificas aos Estados.

O outro subsistema, o da Convenção Americana, jurisdicionalizou os direitos humanos, impondo aos Estados membros obrigações de respeito e garantias. De acordo com a Convenção, dois são os órgãos: a Comissão e a Corte. A CIDH segue com as atribuições ligadas a sua função política de promover os direitos humanos na forma do art. 41.

---

[698] FAÚNDEZ, Héctor Ledesma. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004 p. 31 Disponível em < https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf>; Acesso em: 27 jan 2020.

[699] Existe uma importante discussão sobre o status jurídico da Declaração Americana de Direitos Humanos. De acordo com SAVIOLI, em 1948, havia uma disputa sobre a necessidade de se aprovar um instrumento de direitos humanos, mas não havia consenso sobre que tipo seria. Países como o Brasil defendiam a adoção de um pacto. Outros, que rechaçavam, que rechaçavam a ideia de ter um pacto definido de direitos humanos numa América tão diferenciada. Ainda assim, a Declaração Americana foi aprovada que, no idos de 1948, não era considerado um instrumento internacional capaz de vincular os Estados. Segue SAVIOLI afirmando que dois eventos mudaram esta visão. A aprovação da Convenção Americana de Diretos Humanos com seu art. 29 contendo a Declaração Americana como parâmetro interpretativo da Convenção e a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão que recebia petições dos Estados. As normas de sua criação contemplam a DADH para sua aplicação, como tem feito a CIDH nos informes temáticos por países, e também nos casos individuais. Por fim, a própria Corte IDH, na OC 10-80, reconhecendo que a DADH não é um tratado, entende que tampouco pode ser interpretada à luz dos criadores de 1948. Assim, a Declaração representa um mínimo de consenso entre os Estados sobre os direitos humanos, algo que deve ser considerado mais significativo que um mero dever moral. Para a Corte, então, a Declaração contém a relação dos direitos humanos referidos na Carta da OEA e, por isso, seu status jurídico obriga os estados, por lado. Por outro, seguindo a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, a declaração poder ser considerada direito consuetudinário e assim tem sua aplicação independente da Carta da OEA. SALVIOLI, Fabián O. **El aporte de la Declaración Americanade 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos**, Disponpivel em <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf> Acesso em 23 out, 2017.

[700] Afirma LEDESMA que outros tratados relacionados a direitos humanos foram aprovados como, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, A Convenção sobre Asilo Político, Idem pág. 33.

E à Corte se reservou a função jurisdicional, ou seja, estabelecer as responsabilidades dos Estados assim como a de emitir opiniões consultivas[701].

O Estado Brasileiro ratificou a Convenção em 1992[702] e reconheceu a competência da Corte em 1998[703]. O STF, que possuía uma posição bem conservadora, segundo RAMOS:

> "A visão tradicional acima mencionada do STF no que tange aos tratados de Direitos Humanos passou por forte revisão. No recém julgado R.E 466.343, simbolicamente também sobre a prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos sustentou **novo patamar normativo para os tratados internacionais de Direitos Humanos**, inspirados pelo § 3º do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC 45/04.13/14 A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ15) sustentou que **os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei**. No mesmo sentido formaram a nova maioria os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Esta corrente, agora majoritária, admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto constitucional, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos). Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos, **os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de todos os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º**. De fato, para Celso de Mello trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, **ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos**. Assim, o Ministro Celso de Mello, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatura constitucional. De acordo ainda com a posição do Ministro Celso de Mello, a CF/88 em sua redação original determina a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos

---

[701] As Opiniões Consultivas são uma forma exclusiva da Corte Americana de interpretar a Convenção Americana prevista no art. 64:1. Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. FAÚNDEZ, Héctor Ledesma. Idem.

[702] BRASIL. **Decreto nº 678**. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de são josé da costa rica), de 27 de novembro de 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

[703] BRASIL. **Decreto nº 4.463**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

Humanos (art. 5º, § 2º da CF/88). Desta forma, os tratados de Direitos Humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, seriam normas consideradas constitucionais".[704]

O STF decidiu então que os tratados internacionais de direitos humanos compõem o ordenamento jurídico nacional. Resta então, analisar quais as implicações que o Sistema Interamericano traz para atuação na Defensa Criminal Pública na fase pré-processual.

III. DAS GARANTIAS PRÉ-PROCESSUAIS À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

No Brasil, entre operadores do direito, em especial os do direito penal e processual penal, havia uma séria divergência sobre a existência do contraditório no Inquérito Policial, bem como da participação do réu.

Tal divergência começou a ser dirimida com a aprovação da Lei Complementar n° 132 de 2009 que incluiu no rol de funções institucionais[705] da Defensoria Pública o acompanhamento o Inquérito Policial e a comunicação imediata da prisão[706].

Depois foi a vez da lei 13.245/2016[707] que introduziu modificações no Estatuto da OAB. A partir dela, o advogado ficou autorizado a ter acesso aos autos do Inquérito Policial mesmo sem procuração, extrair cópias, exceto quando há comprometimento com a eficiência e a eficácia da investigação. A lei determina a presença obrigatória do advogado no caso de interrogatório e dos depoimentos decorrentes do interrogatório. Fatos que vem reforçados pela lei 13.964/2019 que estabelece a garantia do direito a contar com defensor desde os primeiros momentos em que a pessoa é apontada como possível autora de um delito ao determinar que o investigado seja "citado" da investigação e possa nomear Defensor.[708] Antes mesmo dela, a súmula 14 do STF que autoriza o acesso amplo do defensor aos elementos de provas já documentados no procedimento investigatório.

---

[704] RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

[705] BRASIL. **Lei Complementar nº 80**, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm> Acesso em 13 mar. 2019.

[706] Sobre a atuação no Inquérito Policial, ver ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pág 358-359.

[707] BRASIL. **Lei nº 13.245**, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm> Acesso em 06 jan. 2020.

[708] A Lei Complementar n° 132 introduziu o inciso XIV ao art. 4º da Lei Complementar nº 80. BRASIL. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm#art1>. Acesso em 23 jan. 2020.:

Fato é que o interesse do indiciado em participar do procedimento está ligado ao seu natural direito a querer defender-se. Ocorre que este, de acordo com os órgãos responsáveis pela investigação[709], pode embaraçar a investigação criminal evitando assim que seja desvendado do crime, ou melhor, violando o direito das vítimas à verdade e à justiça[710].

Mas, a realidade é outra. O imputado é impedido de participar da prova produzida em delegacia. E, estas provas, muitas vezes, são fonte de prova direta ou derivada da condenação. Na maioria dos casos, a participação do indiciado no Inquérito é como objeto de investigação[711], forjando-se confissões que não raras vezes são desmentidas em juízo[712].

Mesmo assim, impõe-se a questão de que o ordenamento jurídico brasileiro já vem reconhecendo a possibilidade de atuação do defensor já na fase preliminar. Situação esta que já vem a anos sendo reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos!

De acordo com o entendimento da Corte, os direitos de defesa se inicial desde que se aponta uma pessoa como possível autor de um delito e somente termina quando o processo é finalizado, o que inclui a execução da pena.[713]

Esta obrigação internacional assumida pelo Estado Brasileiro ao assinar a Convenção e, no exercício de sua soberania, se submeter à Jurisdição da Corte, impõe aos Defensores (Públicos ou Privados) **a tomada de uma nova atitude em relação aos primeiros momentos do processo.**

Para tanto, imprescindível a leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 8º:

> ARTIGO 8. Garantias Judiciais
>
> (...)

---

[709] SOUZA, Alice da Silva Fortunato. A participação do advogado no inquérito policial: uma análise sobre o advento da lei nº 13.245/2016. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/AlicedaSilvaFortunatoSouza.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

[710] COSTA Renata Tavares da. O papel do assistente da mulher previsto no art. 27 da lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri. In___:Gênero, Sociedade e Defesa dos Direitos: a Defensoria Pública e a atuação na Defesa da Mulher. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf> Acesso em 21, jan. 2020.

[711] Uma questão inicial e que precisa ser discutida seriamente no Brasil é a **investigação criminal**. Para a Corte, é obrigação do Estado, diante da notícia de um crime, iniciar uma investigação séria, independente e imparcial direcionada a descobrir a verdade (e não necessariamente arrumar um culpado!). Tanto que a obrigação do Estado não é de fim, afirma o Tribunal, e sim, de meio. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Díaz Loreto e Outros vs. Venezuela. Parágrafo 101 e seguintes.

[712] Este desprezo pelos direitos de defesa está ligado a processo histórico brasileiro que se afasta em muito da efetivação dos direitos para limitar-se a uma discussão de ideias. O direito tupiniquim se constitui a partir do direito português que, mesmo em tempo de Reforma, manteve-se ligado umbilicalmente ao processo penal do Santo Oficio, ao contrário de toda a Europa reformista. FAORO, Raimundo. **A republica Inacabada**. São Paulo: Ed. Globo, 2007. Pág.78-79.

[713] OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Parágrafo 153.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de **ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete**, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) **comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada**;

c) concessão ao acusado do tempo e dos **meios adequados para a preparação de sua defesa**;

d) direito do acusado de **defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor**;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

(...)

g) direito de **não ser obrigado a depor contra si mesma**, nem a declarar-se culpada; e

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

Na lógica do art. 8º, e de acordo com a interpretação da Corte, o primeiro direito que a pessoa tem é o **de ser informada de seus direitos descritos no artigo.** Aqui reside um grande problema. No Estado do Rio de Janeiro, em especial na Comarca de Duque de Caxias, os acusados, quando soltos, procuram a Defensoria já na fase de apresentação de Resposta à Acusação. E, muitas vezes, já prestaram depoimento em Delegacia sem saber sobre o que estavam sendo acusados.

Revela-se de extrema importância, neste sentido, a divulgação da existência da Defensoria[714]. O fato de existir uma delegacia especializada para investigar, facilita a ida e o acompanhamento do processo penal[715]. Mas, é necessário pensar uma política pública

---

[714] Em Duque de Caxias, município da Baixada Fluminense, por exemplo, a divulgação da Defensoria, entre outras formas, é feita através do contato com as redes e nas ações sociais. Nestas últimas, a Defensoria, através da equipe do próprio Município (defensores e funcionários da Comarca), prestam atendimento em vários locais, como escolas, creches, quadras de escola de samba- qualquer lugar que seja referencial para a comunidade. Graças a este trabalho, as pessoas estão buscando a atuação da Defensoria Pública desde os primeiros momentos. Muitos já são os casos em que a orientação se inicia antes mesmo que começar o Inquérito Policial. E atuação desde os primeiros momentos do crime, é impactante na defesa criminal. VIVAS, Alessandra Bentes Teixeira. *A busca pelo acesso à água e ao saneamento como direito humano: movimentos sociais e acesso à justiça na comunidade de jardim gramacho.* 2019. 200fls. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis, 2020.

[715] Também em Duque de Caxias, houve um caso em que a Defensoria foi procurada por uma pessoa que havia recebido uma intimação para comparecer na Delegacia. Pela intimação, ela não sabia do que se tratava. Contou que teve um namoro próximo com uma pessoa que havia cometido suicídio. A defensora acompanhou a pessoa até a Delegacia e somente lá descobriu que ela ia depor na qualidade de indiciada. Sem que houvesse acesso ao que já havia documentado nos autos e sem o tempo e meio adequado para preparar a defesa. Nesta conjuntura, a Defensora entendeu que a indicada deveria ficar em silêncio. Providenciamos as cópias do processo e pedirmos para reagendar a data

de defesa criminal que assegure a participação da defesa técnica desde os primeiros momentos do crime.

Outro direito é o **direito a contar com um interprete- o que também inclui assistência consular**. A jurisprudência interamericana estabeleceu como princípio geral que é dever do Estado assegurar um intérprete a quem não conhece o idioma em que se desenvolve o procedimento a fim de reduzir ou eliminar os obstáculos que impeçam a defesa eficaz de seus direitos.

Neste mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

> "37. Asimismo, la afirmación de los peticionarios --no controvertida por el Estado--según la cual los padres de Atanasio y Rolando Hernández Hernández **presentaron declaraciones ante las autoridades competentes, sin contar con un, traductor e intérprete indispensable, pues sólo hablan la lengua otomí, constituye no solo una violación a las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana, sino en sí misma representa una clara irregularidad en el proceso**, pues éstos desconocen la declaración que firmaron ante el Ministerio Público."[716]

A Corte foi chamada para exercer sua competência consultiva que resultou na OC nº 16/99. A consulta se relaciona com as garantias judiciais mínimas e ao devido processo legal no marco da pena de morte imposta judicialmente a estrangeiros, quando o Estado receptor não haja informado seu direito a solicitar a assistência das autoridades consulares dos Estados de suas nacionalidades. E estabeleceu que o estado poderá assistir ao detendo em diversos atos defesa, com oferecer um defensor, na obtenção de provas, e na prisão.

Por fim, reconhece que é um cláusula do devido processo legal, condição existência dos direitos de defesa e, por consequência, causa de nulidade processual absoluta:

> 117. En opinión de esta Corte, **para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva** y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende **el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal**. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, **ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales**. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso **los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado,** que hoy día figuran en **la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados**. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del

---

do depoimento.

[716] OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n°1/98. Caso 11.543. Rolando Hernandez Hernandez vs. México.

> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.
>
> (...)
>
> 119.Para alcanzar sus objetivos, **el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.** Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. **La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.** Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran **en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de** un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.
>
> 120.Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo **se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular.** Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.[717]

Reafirmando tais assertivas, a Corte no Caso Veles Loor vs Panamá estabeleceu que:

> La Corte observa que **los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos,** y **muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad,** que el **derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar** de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadeiro acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidade de las personas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. **La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios interesses"**[718]

---

[717] OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 16/99 de 1º de outubro de 1999** solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos "o direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal.

[718] OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Veles Loor vs Panamá. Parágrafo 152.

Esta também é a linha seguida por nossa Corte Suprema. Segundo RAMOS:

> "Na extradição 954,91 o Relator min. Joaquim Barbosa, em decisão monocrática, discorreu longamente sobre o direito do estrangeiro detido (no caso, em pleno processo de extradição) de ser informado sobre o direito à assistência consular
>
> Para o min. Barbosa: assim, sempre que as autoridades detiverem um estrangeiro, deve este ser informado de que possui **a prerrogativa de solicitar a assistência de autoridade consular de estado do qual é nacional**. Do mesmo modo, se o indivíduo fizer a solicitação, a comunicação às autoridades consulares estrangeiras não lhe pode ser negada. A doutrina internacionalista, bem como a maciça jurisprudência de tribunais internacionais, tem enfatizado que existe um direito humano à solicitação de assistência consular - ver, a respeito, a decisão da Corte internacional de Justiça no Caso la grand (germany vs. United States of america), de 27.06.2001, e a opinião Consultiva 16 Corte interamericana de Direitos humanos, de 1º.10.1999, a qual contém uma série de citações doutrinárias que corroboram essa tese. [...] a linguagem da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é suficientemente ampla para abarcar toda e qualquer privação de liberdade efetuada por autoridades públicas. No caso concreto, verifico que a extradição se refere a nacional belga, tendo o pedido sido formulado pela itália. além disso, o indivíduo se encontra preso por condenação da Justiça Brasileira - ou seja, sua prisão busca muito mais que permitir o processamento da extradição; é decorrência de responsabilidade penal atribuída por autoridades judiciárias brasileiras. Isso tudo justifica a aplicação do art. 36 (1), b. assim, o estrangeiro deve ser informado do direito de solicitar assistência consular, à luz do citado dispositivo da Convenção de viena sobre Relações Consulares."[719]

Assim, qualquer inquérito policial que envolva uma pessoa estrangeira, caso não seja assegurada o direito ao interprete ou seja informada o direito à assistência consular, macula o processo penal de nulidade- devendo a declaração tomada sem estas devidas providencias serem retirada dos autos.

Outro direito pré-processual sistematicamente esquecido pelo Sistema de Justiça é a **comunicação pormenorizada da acusação**. Geralmente, a comunicação se faz no momento da citação e somente com a leitura da denuncia feita pelo Oficial de Justiça. Raros são os casos em que os acusados têm acesso à prova produzida.

De acordo com COLANTUONO, o essencial é que a pessoa que se veja afetada pela atividade persecutória do Estado conheça oportunamente o motivo, o significado, as possíveis repercussão desta atividade a fim de que possa enfrenta-la adequadamente. Para este autor, a defesa adequada somente é possível quando se conhece devidamente

---

[719] RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 104 p. 241 - 286 jan./dez. 2009

a acusação[720].

A Corte Interamericana, por sua vez, entendeu que é obrigação do Estado apresentar ao réu a descrição material da conduta bem como o respectivo enquadramento jurídico, sendo este procedimento indispensável para o exercício de defesa[721].

No caso Rosadio Villavicencio, o Tribunal reforça este entendimento:

> "En este sentido el artículo 8.2.b de la Convención establece que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) **la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada**". Este precepto ordena a las autoridades competentes notificar **al inculpado la acusación formulada en su contra, con una descripción clara, detallada y precisa de los hechos que se le imputan, las razones por las cuales se le acusa y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso.**
>
> Si bien el **contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones**, y la **naturaleza del proceso** como **mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen**, llegando a su punto máximo **cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos.** Esta Corte ha establecido que el investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial **cuáles son los hechos que se le imputan**, no sólo deducirlos de las preguntas que se le formulan. Además este Tribunal advierte que dicha **obligación estatal adquiere mayor relevancia cuando se trata de procesos penales y el procesado se encuentra sujeto a una medida privativa de libertad como en el presente caso.**" [722]

Obrigação esta que é violada sistematicamente pelo Sistema de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. O réu, quando preso em flagrante, recebe nota de culpa com a descrição jurídica dos fatos. Raramente acompanha os depoimentos e nunca toma ciência do depoimento das testemunhas.

Formalizada a acusação através da denúncia, segundo o CPP, a citação será feita pelo oficial de justiça que deve ler o mandado e entregar a contrafé. Teoricamente, este seria o momento em que o acusado tomaria ciência da acusação. Muitas vezes ele já deu declaração sem saber quem o está acusando, de que e de que forma.

Ele só terá acesso às informações sobre a acusação e o procedimento se tiver acesso a um defensor, seja público ou privado. Na maioria das vezes o defendido pela Defensoria é pessoa sem ou de pouca instrução, fato de dificulta o entendimento do funcionamento

---

[720] GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 183

[721] OEA. Corte IDH. Caso Fermín Ramirez vs. Guatemala. Páragrafos 67, 68.

[722] OEA. Corte IDH. Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú. Parágrafos 127 e 128

do Sistema de Justiça[723].

A comunicação pormenorizada liga-se **umbilicalmente a três outras garantias pré-processuais**: o direito ao **tempo e meio adequado para preparar a defesa**, o **direito a nomear um defensor ou que o Estado lhe nomeie um** e, por fim, o direito **de não ser obrigado a declarar-se contra si mesmo.**

Ao que se refere ao **tempo e meio adequado para preparar a Defesa**, segundo a Corte Interamericana, o princípio norteador é a paridade de armas. Para este tribunal, é obrigação o Estado tomar medidas de compensação para eliminar eventuais obstáculos na efetivação do direito de defesa[724]. Uma garantia que **deve ser assegurada antes que a pessoa preste sua primeira declaração**[725].

No mais recente caso da Corte, Alvarez Ramos vs. Venezuela, resgatando sua jurisprudência anterior, estabelece que:

> "El derecho a contar con el **tiempo y los medios adecuados** para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, **obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra**. Asimismo, se **debe respetar el principio del contradictorio**, que garantiza **la intervención de aquél en el análisis de la prueba**.
>
> Respecto de los medios adecuados para presentar la defensa, **estos comprenden todos los materiales y pruebas que la acusación desea utilizar contra el acusado**, así como documentos exculpatorios. Adicionalmente, si un Estado considera oportuno restringir el derecho a la defensa, debe hacerlo apegado al principio de legalidad, presentar **el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio empleado para ello es idóneo, necesario y estrictamente proporcional**. De lo contrario, la restricción será contraría a la Convención148. Además, tal limitación debe ser contrabalanceada por el juez, para que de ella no resulte la negativa del contradictorio o de la igualdad de armas."[726]

Nada disso será efetivo sem a **presença de um defensor**, seja público ou privado, com capacidade técnica para contrabalancear a acusação. Segundo a Corte, a acusação penal deve ser enfrentada e refutada pelo próprio acusado [727]ou com defensor de sua

---

[723] De acordo com o "RELATÓRIO 2º ANO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO DE JANEIRO", de 6.374 pessoas entrevistadas, 3.781 tinham somente o ensino fundamental e somente 128 tinham ensino superior. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2º ANO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO DE JANEIR. disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c2f0263c194e4f67a218c75cfc9cf67e.pdf> Acesso em 24 jan. 2020. Pág. 14

[724] OEA. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 16/99 de 1º de outubro de 1999.** "O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal". Parágrafo 92.

[725] OEA. Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Parágrafo 54

[726] OEA. Corte IDH. Caso Alvarez Ramos vs. Venezuela. Parágrafos 153 e 154

[727] O ordenamento jurídico não admite autodefesa para os crimes de júri. Assim também o Sistema Interamericano tendo em vista a complexidade do caso e a gravidade da pena que obriga o Estado a proporcionar um defensor. OEA. Corte IDH. Opinião Consultiva n°11-/90 de 10/08/1990 Exceção as Esgotamento dos Recursos Internos Parágrafo 27.

confiança que deve existir desde o momento em que se ordena investigar uma pessoa[728]: garantia prevista do art. 8º, 2, d/e.

Em alguns estados da federação há uma prática que viola este artigo. Ela consiste no ato de nomear a Defensoria nos casos em que o defensor eleito pelo réu, deixa de atuar no prazo estabelecido na lei ou pelo próprio juízo. Muitas vezes, quando o defensor ainda relembra o juiz do direito do réu de nomear defensor de confiança, impondo o juiz o dever de intimar o acusado sobre atuação de seu advogado para que nomeie outro ou a Defensoria, ainda sofre com possibilidade responder a procedimento administrativo instaurado pelo próprio magistrado[729].

Neste sentido, diz a Corte que deve ser oportunizada a contratação de advogado de sua eleição em tempo razoável desde sua prisão[730].

Se a pessoa não nomear advogado, o **Estado, segundo art. 8º.2.e da CADH tem a obrigação de fazê-lo**. Interpretando este artigo, a Corte apresenta os standards para os direitos de defesa naquilo que se relaciona com a pessoa do defensor nomeado pelo Estado: o fato de designar um advogado defensor somente para cumprir com um obrigação formal é o mesmo que não ter defesa técnica[731]; a pessoa designada deve ser profissional do direito e diferente da acusação[732]; considerando a autonomia e a independência funcional, o Estado só pode ser responsável em caso de "negligencia inexcusável" ou "falha manifesta"[733].

Em Ruano Torres, o Tribunal reconhece o costume dos Estados Latino-americanos em adotar as Defensorias Públicas como políticas públicas de acesso à justiça. Ainda assim, afirma que ao nomear um defensor com somente o objetivo de cumprir uma formalidade legal equivaleria a não contar com uma defesa técnica[734].

Daí que esta Defesa Pública deve atuar de maneira diligente para proteger as garantias processuais do acusado e evitar que seus direitos sejam lesionados[735]. Nos casos de pena de morte na Guatemala, volta a abordar o assunto. Para avaliação prévia da Defesa, ou seja, sem entrar no mérito do que foi abordado, a instituição deve ser dotada de garantias para uma atuação eficiente e em pé de igualdade com a acusação. Neste sentido, determina que os estados estão obrigados a contar com defensores idôneos e capacitados e que atuem com autonomia e em igualdade de armas com a acusação.[736]

No que se refere ao mérito, a defesa deve ser eficaz, oportuna, que permita fortalecer

---

[728] OEA. Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Parágrafo 62

[729] Relato de Defensor do Amapá que reclamaram, em conversa informal, de que os juízes nomeiam a Defensoria sem intimar o réu e se o Defensor se recusa, eles comunicam à Corregedoria. Data 15/11/2019.

[730] OEA. Corte IDH. Caso Chaparro Àlvarez y Lapo Ìñiguez vs. Ecuador. Parágrafo 156.

[731] OEA. Corte IDH. Idem. Parágrafos176 e 177.

[732] OEA. Corte IDH. Caso Barreto Leiva. Parágrafos 62 e seguintes.

[733] OEA. Corte IDH. Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores. Parágrafo 156

[734] OEA. Corte IDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador . Parágafo 156

[735] OEA. Corte IDH. Idem. Parágafo 151

[736] OEA. Corte IDH. Caso Martínez Coronado vs. Guatemala. Parágrafos 81 e 82

a proteção do interesse concreto do imputado e não como um simples meio de cumprir formalmente com a legitimidade do processo. O tribunal desenvolve a noção de confiança, vedando ao defensor público que submeta os interesses dos seus subordinados a outros interesses sociais ou institucionais[737].

De acordo com a Corte, são casos de violação deste direito: quando o Estado nomeia do mesmo defensor para atuar na defesa de dois réus com versões diferentes; quando os defensores nomeados pelo Estado não alegam a nulidade da prova fundamental da acusação ou, quando, para um caso de pena grave (pena de morte), nomeia dois estudantes de direito.[738]

Por fim, a Convenção reconhece o direito a não ser obrigado a depor contra si mesmo e que eventual confissão só será válida se feita sem coação de qualquer natureza (art. 8º, 2g e 3).

De acordo com a Corte, a autoridade policial está proibida de exercer qualquer tipo de coação física ou psicológica sobre os acusados para obter uma confissão. E que a presença de advogado é essencial para evitar uma confissão forçada[739].

No caso Maritza Urrutia, a Corte recorda o art. 2º da Convenção Interamericana contra a Tortura que inclui qualquer método para anular a vontade da vítima com objetivo de obter certos fins, bem como outros métodos que produzam na vítima sofrimento psíquico ou moral agudo. E, em especial, os que hajam sido preparados para suprimir sua resistência psíquica e forçar a auto inculpar-se[740].

Em Lopez Alvarez, o tribunal entendeu coação o fato de permanecer com as algemas apertadas ocasionando o sangramento e a inflamação, sem receber atenção médica, em todo período que ficou na Direção de Investigação Criminal, quando rendeu usa primeira declaração[741].

Neste sentido também, a vedação do art. 8º, 3. Diz a Corte que a regra é a exclusão de provas obtidas mediante tortura, sustentando a anulação dos atos processuais como medida efetiva para cessar a violação de uma garantia constitucional. E vai além, determina que a coação não se limita na tortura em qualquer ato capaz de quebrar a expressão espontânea da vontade da pessoa. E considera que as declarações obtidas mediante coação não podem ser consideradas verdadeiras, não podendo ser considerado evidência para sustentar uma condenação[742].

---

[737] OEA. Corte IDH. Idem. Idem

[738] OEA. Corte IDH. Caso Ruano Torres vs. El Salvador; Caso Martínez Coronado vs. Guatemala; Caso Girón vs. Guatemala.

[739] Ministério Público Fiscal da Ciudada de Buenos Aires. **El debido Proceso Legal:analisis desde el Ssistema interamericano y universal de derecnhos humanos**. 1ª ed. Ciudada autônoma de Buenos aires:Eudeba, 2013. Pág. 557.

[740] OEA. Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Parágrafos 91 e 93.

[741] OEA. Corte IDH. Caso López Àlvarez vs. Honduras. Parágrafos 54 e 155.

[742] OEA. Corte IDH. Caso Montiel Flores y Cabrera Garcia. Parágrafos 167 e 168

IV. CONCLUSÃO

O Tribunal do Júri tem competência para julgar os crimes mais graves do sistema jurídico nacional. E que tem sua gravidade especialmente aumentada com a aprovação da lei 13.964/2019.

Segundo este diploma legal, o condenado por crime de homicídio consumado deverá ser colocado imediatamente na cadeia se a pena for maior que 15 anos vez que restringe o efeito suspensivo da apelação à uma avaliação subjetiva dos requisitos do recurso. No que tange à execução penal, veda o Livramento Condicional e estabelece frações altíssimas para a Progressão de Regime. Por fim, aumenta a unificação para 40 anos.

A agravação do crime de homicídio gera para a Defesa uma maior npivel de responsabilidade e de exigência.

Neste contexto, uma estratégia é atuação nos primeiros momentos do crime. Especialmente pois no Tribunal do Júri, os jurados não precisam motivar as decisões. E não se pode dimensionar o impacto das provas produzidas na fase inquisitorial na forma de decisão dos jurados.

Para alcançar tal objetivo, uma ferramenta é o direito internacional dos direitos humanos, em especial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Desde a criação da OEA, em 1948, que se esboça um sistema para a promulgação e a proteção dos direitos humanos. Ele se inicia com a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos Humanos, passando pela criação da Comissão Interamericana e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, com a criação da Corte e sua atribuição para determinar a responsabilidade os estados que violarem os direitos da convenção e de outros tratados.

O Brasil ratificou a Convenção Americana e a Competência da Corte Interamericana e mesmo o STF já tem interpretação mais efetiva sobre os direitos internacionais dos direitos humanos.

De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana, as pessoa que é apontada como possível autora de um delito tem o direito à comunicação pormenorizada do processo, que inclui a descrição do fato e a descrição jurídica; tem direito à informação sobre assistência consular; tem direito ao tempo e meio adequado para preparar sua defesa antes de sua primeira declaração; tem o direito de escolher o defensor de sua confiança num tempo razoável ou que o estado lhe nomeie um que seja capacitado e autônomo para exercer uam defesa diligente e eficaz capaz de resguardar os interesses do acusado; tem o direito de não prestar declaração contra si mesmo e, caso haja uma confissão, que esta só poderá ser considerada com válida se exercida sem qualquer coação, de preferência na presença de um defensor (seja público ou provado).

Atuações estas que, no caso da Defensoria, vão depender de uma política pública que entenda o acesso à justiça na seara criminal é essencial para contrabalancear atuação do Ministério público e, que, na fase pré-processal, potencializa os poderes da autoridade investigativa, violando, por consequência, o devido processo legal.

V. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 4.463**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

______. **Decreto nº 678**. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de são josé da costa rica), de 27 de novembro de 1969. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 15 abr. 2019.

______. **Lei 13. 964** de 24 de Dezembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 24/12/2019, Edição: 248-A, |Seção: 1 - Extra | Página: 1

______. **Lei Complementar nº 132**, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm#art1>. Acesso em 23 jan. 2020.

______. **Lei Complementar nº 80**, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm> Acesso em 13 mar. 2019.

______. **Lei nº 13.245**, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm> Acesso em 06 jan. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA Renata Tavares da. O papel do assistente da mulher previsto no art. 27 da lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri. In___:Gênero, Sociedade e Defesa dos Direitos: a Defensoria Pública e a atuação na Defesa da Mulher. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf> Acesso em 21, jan. 2020.

COSTA, Renata Tavares. O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri. **Revista de Direito da Defensoria Pública Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro** Rio de Janeiro, v. 26, n. 27, p; 191 , dez 2017. Disponivel em <http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/ec26349a2a9b-441fa0f921205c1cb092.pdf.> Acesso em 25 dez, 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **2º ANO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO RIO DE JANEIRO**. Disponível em <http://www.de-

fensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c2f0263c194e4f67a218c75cfc9cf67e.pdf> Acesso em 24 jan. 2020.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública: de acordo com a EC 74/2013**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FAORO, Raimundo. **A republica Inacabada**. São Paulo: Ed. Globo, 2007.

FAÚNDEZ, Héctor Ledesma. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004 p. 31 Disponível em < https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf>; Acesso em: 27 jan 2020.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (Colaborador). **Administración Pública, juridicidad y derechos humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 183

MINISTÉRIO PÚBLICO FISCAL DA CIUDADA DE BUENOS AIRES. **El debido Proceso Legal:analisis desde el Ssistema interamericano y universal de derecnhos humanos**. 1ª ed. Ciudada autônoma de Buenos aires:Eudeba, 2013. Pág. 557

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n°1/98. Caso 11.543. Rolando Hernandez Hernandez vs. México

____. Corte IDH. **Opinião Consultiva n°11-/90 de 10/08/1990** Exceção as Esgotamento dos Recursos Internos Parágrafo 27.

____. Corte IDH. **Opinião Consultiva nº 16/99 de 1º de outubro de 1999.** "O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal"

PINTO, Mónica. **Temas de Derechos Humanos**. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. Pág 9.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 104 p. 241 - 286 jan./dez. 2009

RODRIGUES, Léo. Crise em presídios do Rio faz mortes subirem 114% em 7 anos. Repórter da Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 20 set. 2019. Disponível em http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-04/morte-de-presos-por-doencas-cresce-114-em-presidios-do-rj-em-7-anos. Acesso em 30 jan. 2020.**

SALVIOLI, Fabián O. **El aporte de la Declaración Americanade 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos**, Disponpivel em <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf > Acesso em 23 out, 2017.

SOUZA, Alice da Silva Fortunato. A participação do advogado no inquérito policial: uma

análise sobre o advento da lei nº 13.245/2016. Disponível em< http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2017/pdf/AlicedaSilvaFortunatoSouza.pdf . Acesso em: 25 jan. 2020.

VIVAS, Alessandra Bentes Teixeira. *A busca pelo acesso à água e ao saneamento como direito humano: movimentos sociais e acesso à justiça na comunidade de jardim gramacho*. 2019. 200fls. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis, 2020.

CAPÍTULO XVII

O REGIME DE CUSTAS NO PROCESSO PENAL

GABRIELA MOSCIARO PADUA

Mestra em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Defensora Pública no Estado de São Paulo.

JÚLIO CAMARGO DE AZEVEDO

Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da Defensoria Pública de São Paulo (GEDPC-DPSP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Defensor Público no Estado de São Paulo.

CAPÍTULO XVII – O REGIME DE CUSTAS NO PROCESSO PENAL

CUSTAS JUDICIÁRIAS NO PROCESSO PENAL

1. Custas judiciárias: noções gerais

Como todo serviço público estatal, a prestação da tutela jurisdicional carece de recursos financeiros para sua implementação e desenvolvimento. Nessa linha, as custas judiciárias correspondem ao tributo cobrado em decorrência da atividade jurisdicional de distribuição da justiça.

Ao contrário dos impostos, que exigem uma atividade estatal específica relacionada ao contribuinte, as custas judiciárias possuem como fato gerador a prestação de um serviço público específico e divisível, prevalecendo se tartar de modalidade de taxa, a qual, segundo o artigo 77 do Código Tributário Nacional "(...) *têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição*".

Em regra, portanto, aquele que ingressa com um processo judicial, movendo a estrutura da máquina do Poder Judiciário, deve arcar com as custas responsáveis pelas despesas de processamento e andamento processual.[743]

Ademais, conforme preleciona o artigo 24 da Constituição Federal: "*compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre: IV- custas dos serviços forenses.*" Nesse contexto, cabe a cada ente público legislar sobre as custas judiciárias – tais como taxas de ajuizamento inicial, preparo recursal, fiança, diligências envolvendo medidas assecuratórias, carta rogatória, dentre outros serviços – à luz da competência concorrente constitucionalmente estabelecida.[744]

Costuma-se, ainda, apontar que as custas judiciárias consubstanciam gênero, do qual seriam espécies as *custas em sentido estrito*, as *taxas judiciárias* e os *emolumentos*. Estes últimos, serviriam a remunerar o serviço e as atividades extrajudiciais. Por sua vez, ambas as *custas em sentido estrito* e as *taxas judiciárias* teriam a natureza jurídica de taxa, sendo diferenciadas não pela natureza da cobrança, mas sim pelo tipo de serviço prestado. Assim, as custas em sentido estrito englobariam o financiamento do serviço prestado por distribuidores, escrivães, oficiais de justiça, contadores etc. Já a taxa judiciária remuneraria a atuação dos magistrados.[745]

Recentemente, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 249.003, 249.277 e 284.729, o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da *natureza jurídica* das custas judiciárias. Segundo o Pretório Excelso, as custas teriam a natureza jurídica de

---

[743] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnósticos das custas processuais praticadas nos Tribunais*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2019, p. 10.

[744] Exemplificando essa situação, até o ano de 2003, o Estado de São Paulo previa a completa isenção de custas judiciárias sobre os procedimentos criminais. Desde 2003, entretanto, após a edição da Lei n. 11.608/2003, passou a exigir o pagamento de despesas em relação a estes feitos.

[745] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnósticos das custas processuais praticadas nos Tribunais*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2019, p. 11.

"taxa", dado instituírem "serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal diferida diretamente ao contribuinte".

Para o Supremo Tribunal Federal, o conceito abarcaria tanto as custas *lato sensu* (taxa judiciária), quanto as custas *strictu sensu* (todas as demais despesas praticadas no curso do procedimento – ex: preparo recursal). Adotando entendimento peculiar, portanto, compreendeu a Corte de Vértice que, no caso das custas *lato sensu*, a gratuidade decorreria de espécie de *imunidade tributária implícita*, à luz de interpretação extensiva do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/88, ao passo que as custas *strictu sensu* tratariam de hipótese de *isenção tributária*, decorrente de legislação ordinária, acarretando a suspensão da exigibilidade do tributo.

2. Direito à gratuidade de despesas processuais

A gratuidade de custas pode ser conceituada como o *direito material à isenção de despesas jurídicas*, o qual tem por pressuposto a comprovação da situação fática de hipossuficiência. É direito material porque assim previsto no ordenamento jurídico, decorrência das garantias fundamentais do acesso à justiça e da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, incs. XXXV e LXXIV, da CF/88).

Em relação ao conteúdo, o direito à gratuidade abrange a isenção de despesas jurídicas, categoria que se refere a todo e qualquer custo, taxa ou emolumento atinente à atividade judiciária ou extrajudiciária. Encerra, portanto, uma obrigação negativa, isto é, verdadeiro direito de não pagar, privando de receita o ente estatal arrecadante em favor do economicamente débil.

Imperioso perceber que a gratuidade de despesas não se restringe à seara judiciária ou ao plano processual, podendo surtir efeitos tanto perante a atividade delegada (ex: notários e registradores), quanto perante a esfera extrajudicial (ex: Poder Executivo). Neste sentido, a gratuidade também abrange despesas extrajudiciais concernentes a atos envolvendo o direito da parte beneficiária, aplicando-se inclusive aos emolumentos notariais, como, aliás, já assentou o Superior Tribunal de Justiça.[746]

Igualmente, não cuida o direito à gratuidade de *direito provisório*, vez que a norma que o institui é dotada de eficácia plena, cuja aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade afastam a incidência da competência tributária. Registre-se: *o que é condicional é a pretensão tributária do Estado* (e não o direito à gratuidade), eis que a obrigação tributária somente incidirá se a situação de hipossuficiência for revogada no curso de eventual processo ou procedimento administrativo.

A mesma lógica se aplica ao beneficiário vencido no processo em relação às verbas sucumbenciais (despesas processuais e honorários advocatícios), caso em que o credor somente poderá exigir o crédito se a parte sucumbente recobrar a estabilidade financeira. O que fica sob suspensão condicional, portanto, é a exigibilidade do crédito e não o direito à gratuidade, que surte efeitos sobre todo espectro de responsabilidade pela sucumbência, a partir de seu deferimento.[747]

---

[746] STJ, AgRg no RMS nº 24.557, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 15/02/13.

[747] Trazendo visão bifurcada sobre o regime de responsabilidades do beneficiário, Rafael Alexandria

Ademais, não se pode confundir o direito material à gratuidade com as "consequências processuais" dele decorrentes. Primeiro, porque o direito à gratuidade pode existir independentemente do processo (vide sua aplicação à esfera extrajudicial). Segundo, porque, uma vez praticado o serviço judiciário tributável, a revogação posterior da gratuidade torna-se irretroativa (*ex nunc*), apenas gerando efeitos no plano da responsabilidade tributária.

Por óbvio, se rejeitada ou revogada antes da realização do serviço, o não recolhimento de custas pode implicar consequências de ordem processual (ex: não admissão do recurso pela ausência de preparo; cancelamento da distribuição da queixa-crime; não realização de diligência por oficial de justiça etc.).

Contudo, isso não significa que a revogação do direito à gratuidade, por superação da condição hipossuficiente sempre implicará consequências de ordem processual, como, por exemplo, na hipótese de revogação do benefício operada em sentença. Neste caso, "*a eficácia é prospectiva (ex nunc), surtindo efeitos apenas para os adiantamentos vindouros, nunca para os atos processuais pretéritos*".[748]

3. A regulação das custas judiciárias e da gratuidade no ordenamento jurídico

Durante vasto período, as Constituições brasileiras trataram o direito à gratuidade de despesas como sinônimo de "assistência judiciária". Foi assim com a Constituição Federal de 1934, primeira Carta nacional a prever o direito à assistência judiciária,[749] prosseguindo após com as Constituições de 1946, 1967 e 1969.

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1939 e a Lei de Assistência Judiciária de 1950 acompanharam esta tendência conceitual, ora se referindo corretamente à gratuidade (ex: art. 13 da LAJ), ora se referindo a ela como assistência judiciária (art. 3º, LAJ). Na mesma toada, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não se ocupou de distinguir os conceitos.[750] Aliás, o próprio serviço institucional encarregado de prestar a assistência jurídica já foi compreendido como sinônimo de "assistência judiciária", con-

---

de Oliveira afirma que: "o beneficiário da justiça gratuita apenas atua no âmbito da responsabilidade provisória pelo custeio do processo. Não atua no âmbito da responsabilidade definitiva. O beneficiário estará dispensado do adiantamento de despesas; não, porém, do pagamento dessas mesmas despesas ao final do processo, se restar vencido". OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos procedimentais do benefício da Justiça Gratuita*. *In*: Defensoria Pública - Col. Repercussões do Novo CPC. Coord. SOUSA, José Augusto Garcia de. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 661.

[748] Ibid., p. 663.

[749] Assim rezava o artigo 113, nº 32, da CF: "*A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos*". Fato curioso destacado por Barbosa Moreira é que o direito a assistência judiciária foi constitucionalmente consagrado entre nós antes mesmo da garantia de inafastabilidade de jurisdição, que só viria com a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º). Segundo o processualista civil "*não deixa de ser curioso que se tenha cuidado de assegurar constitucionalmente o benefício específico antes mesmo de inscrever nesse plano a franquia genérica*". MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. *In*: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 197-211.

[750] Conferir no âmbito do STJ o REsp 1.082.376 de 2009 e no STF o RE 550.202 de 2008.

soante se pode depreender des lições doutrinárias[751] embasadas nos ensinamentos de Pontes de Miranda.

Todavia, nesta quadra constitucional pós-1988, faz-se premente atentar para o fato de que, embora relacionados, os conceitos não se confundem. A assistência judiciária cuida, destarte, de conceito muito mais amplo que a mera isenção de despesas, envolvendo o serviço jurídico prestado no bojo do processo, além de todo o universo de cobertura assistencial.

Atualmente, a gratuidade de justiça encontra-se regulada nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil de 2015, diploma que expressamente revogou os dispositivos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060/1950, conforme artigo 1072, inciso III, das Disposições Transitórias.

O novo regime manteve a alegação de hipossuficiência financeira baseada na *mera afirmativa do postulante* (pessoa natural), a qual se submete a uma presunção *juris tantum* de veracidade (art. 99, § 3º). Tal exegese vem reforçada pelo exposto no artigo 99, parágrafo 2º, que restringe as hipóteses de indeferimento do pedido à existência nos autos de *"elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos"*.

Também foi mantido o caminho trilhado pelo revogado artigo 4º da Lei 1.060/1950, prevendo o Código de Processo Civil que, em caso de alegação de hipossuficiência indevida, a parte arcará com multa de até dez vezes o valor das custas processuais, sem prejuízo do recolhimento de todas as despesas que lhe foi dispensada (art. 100, parágrafo único).

Hipótese distinta concerne à previsão do parágrafo 4º do artigo 98, o qual dispõe: *"a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas"*. Recentemente, todavia, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no bojo do RE nº 775.685, aplicando analogicamente o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50 para suspender o recolhimento da multa pelo prazo de cinco anos. Assim, caso não promova o recolhimento das custas judiciárias após o trânsito em julgado da decisão que rejeitou o pedido inicial ou revogou a gratuidade de justiça, o requerente suportará a extinção do processo, sem resolução do mérito, enquanto o requerido sofrerá restrições de ordem instrutória, desautorizando a realização de qualquer ato ou diligência enquanto não efetuado o depósito (art. 102, parágrafo único).

Ainda, no que atina à concessão do benefício, sobrevindo trânsito em julgado acerca da decisão que defere a gratuidade judiciária em primeira instância, a parte não necessitará renovar o pedido nas instâncias recursais, presumindo-se a continuidade da situação de hipossuficiência ao longo de todo o processo. Ademais, o direito subjetivo à gratuidade permanece intransferível aos litisconsortes e sucessores processuais (art. 99, § 6º), de modo que, para também fazerem jus ao benefício, os novos integrantes da relação processual terão o ônus de afirmar situação de incapacidade financeira em nome próprio (art. 99, § 3º), ainda que à revelia de maiores formalidades (petição simples).

---

[751] ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.

Por fim, quando vencido no processo, o beneficiário da gratuidade judiciária continuará sujeito às verbas de sucumbência (multas, honorários e despesas processuais), suspendendo-se a exigibilidade do débito pelo período de cinco anos, até que a parte sucumbente supere a situação de incapacidade financeira ou reste definitivamente extinta a obrigação tributária (art. 98, §§ 2º a 4º).

Apesar da manutenção da essência do regime jurídico aplicado à gratuidade judiciária pela Lei nº 1.060/50, o Código de Processo Civil trouxe algumas alterações substanciais dignas de nota. Neste sentido, ampliou o rol de beneficiários da gratuidade, cristalizando pacífico posicionamento jurisprudencial ao estender o benefício também às *pessoas jurídicas*. Ocorre, porém, que as pessoas jurídicas só poderão se valer do benefício mediante a comprovação da insuficiência de recursos, não incidindo aqui a regra da mera alegação de hipossuficiência expressamente aplicada às pessoas naturais.

De outra banda, aboliu-se a exigência de "residência no país" para concessão do benefício aos estrangeiros (art. 98, caput). Igualmente, ampliou-se o rol de documentos e serviços sujeitos à isenção, incluindo-se a remuneração do intérprete e do tradutor oficial nomeado (inc. VI), o custo de memória de cálculo para fins de ajuizamento da execução (inc. VII) e os emolumentos devidos a notários ou registradores pela prática de atos notariais (inc. IX).

Ademais, o artigo 98 do CPC/2015 manteve a possibilidade de deferimento *parcial* do pedido de gratuidade, inovando ao prever a possibilidade de *parcelamento* das despesas jurídicas. Andou mal o legislador ao não revogar expressamente o artigo 13 da Lei de Assistência Judiciária, o qual prevê similar regulamentação sobre a gratuidade parcial, agora suficientemente tratada nos parágrafos 5º e 6º do artigo 98. Desta feita, possível sustentar que o antigo dispositivo foi revogado tacitamente.

Doravante, o CPC/2015 simplificou os atos procedimentais afetos à gratuidade de justiça, mencionando-se, a título de exemplo, (i) o requerimento via petição simples ou mediante pedido nas peças processuais pertinentes (art. 99, caput), (ii) o fim do incidente de impugnação e (iii) a concentração das matérias de defesa na contestação, réplica ou contrarrazões de recurso (art. 100, caput).

Inovou ainda ao estabelecer novo regime de recorribilidade às decisões concessivas ou denegatórias do pedido de gratuidade de justiça. Com a simplificação dos atos de requerimento e impugnação (art. 100), agora adstritos ao conteúdo das respectivas peças processuais e não a instauração de incidentes paralelos, o novo Código Processual descomplicou o caminho trilhado para o exercício recursal relacionado à gratuidade, prevendo no caput do artigo 101: "*contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação*". Mais adiante, dispôs no artigo 1.015, inciso V: "*cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação*".

Do cotejo entre os dispositivos indicados, extrai-se que a nova Codificação homenageou o *princípio da unirrecorribilidade* ao prever, acertadamente, que a impugnação à decisão denegatória de gratuidade só se desenvolve pela via do *agravo de instrumento*, quando desafiar decisão interlocutória, ou pela via da *apelação*, caso a questão seja definitivamente decidida em sentença.

Premente constatar, porém, que o CPC/2015 restringiu as hipóteses de recorribilidade às decisões que rejeita o pedido de gratuidade ou que revoga o benefício concedido em oportunidade anterior. Logo, não cabe recurso da decisão que concede o pedido de gratuidade, bem como da decisão que julga improcedente a impugnação lançada pelo réu no bojo da contestação. No máximo, estas matérias poderiam ser arguidas em sede preliminar de apelação, consoante esclarece o artigo 1.009, § 1º.

Há diversas outras hipóteses, porém, que a legislação não explica. Sobre o tema, Heitor Sica pondera que "(...) *(a) não cabe agravo contra a decisão que determina que o requerente do benefício produza prova acerca de sua condição financeira (art. 99, § 2º); (b) cabe recurso contra a decisão que deferir parcialmente o benefício (art. 99, § 6º), na parte em que indeferiu o benefício integral (se esse foi o pedido formulado)*" .

Curial estabelecer ainda que o agravante estará dispensado do recolhimento do preparo quando o recurso versar sobre a temática da gratuidade (art. 101, § 1º). Apesar da obviedade contida no dispositivo legal, uma vez mais o Código adotou solução inusitada ao prever que "*o recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso*". Chama a atenção o paradoxo: para que o relator decida preliminarmente sobre a admissibilidade do recurso, terá de adentrar ao mérito recursal, proferindo decisão a respeito da existência (ou não) de situação de hipossuficiência que dá ensejo à gratuidade.

Absolutamente ilógica a opção do Código Processual Civil. Mais adequado seria conhecer do recurso, independentemente de preparo, para então decidir sobre a gratuidade. Caso confirmada a decisão de denegação ou revogação de primeiro grau, determinar-se-ia o imediato recolhimento das custas, incluindo o preparo do recurso já julgado. Sem razão, o CPC optou pelo caminho reverso, incluindo no parágrafo 2º que "*confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso*".

Estas são as principais modificações atinentes ao direito fundamental à gratuidade estabelecidas pelo Código Processual Civil de 2015.

4. As custas judiciárias no Código de Processo Penal

No processo penal, para que a queixa-crime seja recebida, impõe-se ao querelante o depósito prévio das custas processuais, conforme valor da causa requerido. Assim, para além dos requisitos apontados como necessários ao recebimento da denúncia (a exposição do fato criminoso, qualificação do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa identifica-lo, classificação do crime, e quando necessário rol de testemunhas), o querelante ainda deve cumprir com o encargo de recolhimento das despesas processuais. Não realizando essa obrigatoriedade, a queixa-crime deixa de ser recebida, consoante dispõe o artigo 806 do Código de Processo Penal: "*salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.*"

Conforme se pode perceber, tal pagamento não será necessário quando o querelante for *pessoa reconhecidamente pobre*, cuja situação de hipossuficiência é aferida a partir da

simples declaração (assim como visto em relação às custas judiciárias no processo civil).

Também nos casos em que a ação penal for pública (condicionada ou incondicionada), não se exigirá o recolhimento de custas judiciárias por parte do Ministério Público, isso porque, consoante entendimento majoritário, a cobrança de custas do órgão ministerial soaria paradoxal, considerando se tratar de organismo estatal obrigado por lei a promover a formação e conclusão do processo[752].

Igualmente, em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública, entende-se que o recolhimento de custas judiciárias será indevido, afinal, neste caso, ainda que a iniciativa seja privada, a ação não perde o seu caráter público.

O artigo 804 do Código de Processo Penal ainda prevê que: "*a sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido*". Conforme ensina a doutrina, tratando-se de ação penal pública, tal cobrança só pode ser realizada após a condenação.[753]

Cabe destacar que mesmo no caso da ação penal privada, na qual se exige o depósito prévio para a realização de qualquer diligência, o juiz poderá determinar que a providência seja realizada *ex officio*, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, por exemplo, em não sendo ouvida testemunha previamente arrolada, dada à ausência de antecipação da taxa da diligência, ainda que inadmitida a substituição, deverá o juiz observar o direito de defesa, sob pena de cerceamento.

Esse entendimento foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 125.883/SP, em que o Tribunal determinou a anulação do feito e a reabertura do prazo de instrução à parte.[754] Ressalta-se, ademais, a possibilidade de condenação da testemunha faltosa ao pagamento das custas judiciárias, conforme estabelece o artigo 219 do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal ainda prevê no artigo 60 a responsabilidade pelo pagamento das custas ao querelante, quando se verificar a ocorrência do fenômeno da *preempção*. Por fim, a Codificação Processual Penal admite uma situação peculiar: o juiz também pode ser responsabilizado pelo pagamento das custas judiciárias, quando arguida exceção de suspeição, desde que atue com erro inescusável no caso concreto. É o que preceitua o artigo 101.

5. Temas específicos

5.1. Medidas Assecuratórias

Em relação às diligências judiciais, também se observa a necessidade de pagamento de custas judiciárias. A incidência das custas, porém, se restringirá aos casos de ação penal privada ou quando a parte não for beneficiária da gratuidade de despesas pro-

---

[752] Nucci, Guilherme Souza de. Código de Processo Penal Comentado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.072.

[753] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. v. único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 410.

[754] STJ, 6ª Turma, HC 125.883/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 26/04/2011.

cessuais. Neste sentido, prevê o artigo 232 da Lei n. 6.015/1973: *"As penhoras, arrestos e sequestros de imóveis serão registrados depois de pagas as custas do registro pela parte interessada, em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão, de que constem, além dos requisitos exigidos para o registro, os nomes do juiz, do depositário, das partes e a natureza do processo"*.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, conforme determina o artigo 133 do Código de Processo Penal, o juiz de ofício ou a requerimento do interessado determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público, voltando-se a importância obtida para o ressarcimento da vítima (com o pagamento de multas, custas e realização do confisco), sendo o restante recolhido em favor da União.

Outra medida assecuratória também cabível na seara processual penal, que se relaciona às custas judiciárias, é a *hipoteca legal*, a qual detêm como pressupostos a certeza da infração e os indícios suficientes de autoria. Nesta senda, o valor angariado pela venda do imóvel especializado (=procedimento utilizado para individualizar o imóvel) poderá ser utilizado para garantir o pagamento de custas judiciárias ou penas pecuniárias.

5.2. Fiança

Outro ponto que tangencia a temática das custas judiciárias no processo penal refere-se à medida cautelar de *fiança*. Conforme dispõe o artigo 326 do Código de Processo Penal: *"para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento"*.

Ademais, de acordo com o artigo 344 do Diploma Processual Penal, transitada em julgado a sentença condenatória, cumprirá ao condenado cumprir a pena definitivamente aplicada, sob pena de perda total do valor da fiança recolhida. Após realizadas as deduções devidas (pagamento de multa, prestação pecuniária e indenização do dano), eventual importância restante será destinada aos cofres públicos federais, conforme estabelece o artigo 345 do Código de Processo Penal.

Caso haja condenação, não há previsão expressa acerca da ordem de preferência para pagamento. Segundo a doutrina,[755] o melhor seria aplicar uma interpretação analógica em relação ao que estabelece o artigo 140 do Código de Processo Penal, que, ao tratar das medidas assecuratórias, prevê que a reparação ao ofendido terá preferência em relação às despesas processuais.

No entanto, caso o condenado se apresente para cumprimento da pena, verá restituído o valor restante, depois de deduzidos o pagamento de multa, custas, prestação pecuniária e indenização pelo dano causado. Já no caso de absolvição ou caso seja extinta a ação penal, prevê o artigo 337 que o valor será integralmente restituído ao acusado, com a devida atualização monetária.

Como se vê, há preocupante correlação envolvendo o famigerado instituto da fiança e as custas judiciárias.

---

[755] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. v. único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 1.413.

5.3. Preparo

O preparo é geralmente apontado como um requisito extrínseco de admissibilidade recursal. Este se relaciona ao aspecto econômico do recurso, abrangendo tanto as custas de processamento quanto o porte de remessa e retorno e as despesas postais. Por se tratar de modalidade de tributo, a dispensa ao preparo somente pode ser instituída por lei, seja por critérios objetivos (ex: isenção em relação ao recurso de embargos de declaração), seja por critérios subjetivos (ex: beneficiários da gratuidade de custas, Ministério Público etc.).

Caso não promova o adequado recolhimento do preparo, aplica-se ao recorrente a chamada pena de *deserção*, cuja consequência imediata é o não conhecimento recursal. A deserção pode ocorrer tanto pelo *não recolhimento do preparo* quanto por seu *recolhimento irregular* (ex: recolhimento a menor, recolhimento a destempo). No processo penal, a deserção está prevista no parágrafo 2º do artigo 806 do Código de Processo Penal, o qual prevê: "*a falta do pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto*". Esse preparo deve ser realizado no prazo fixado em lei ou naquele determinado pelo juiz.

Ademais, a necessidade de recolhimento do preparo, consoante se viu, apenas se aplica à ação penal privada ou quando o réu não for beneficiário da gratuidade de custas. Não se aplicará, de outra branda, quando a ação penal for pública.

Curial ressaltar que a doutrina vem tecendo sérias críticas doutrinárias a este regime de custas judiciárias. Conforme destaca Gustavo Badaró,[756] considerando que na ação penal pública não se exige preparo do Ministério Público, o recolhimento das despesas também não deveria ser exigido do acusado, sob pena de violação ao tratamento igualitário entre as partes. Assim, correto seria que apenas as ações penais privadas carecessem de preparo, salvo nos casos dos reconhecidamente pobres.

No que tange ao recurso de *embargos infringentes e de nulidade*, Aury Lopes Jr. ainda destaca a desnecessidade do recolhimento do preparo, bastando aquele realizado em sede de apelação, uma vez que "*aquele representa um mero desdobramento destes*", conforme entendimento majoritário.[757] Também não há que se falar em preparo no caso de *agravo em execução*, ante a ausência de previsão legal.

Igualmente, em se tratando de recurso ordinário que desafia decisão que denegatória de *habeas corpus*, prevalece não haver incidência de custas, sobretudo em função da desnecessidade da despesa em relação à impetração do remédio heroico, consoante expresso mandamento constitucional. (art. 5º, LXXVII, da CF). O entendimento não se aplica, entretanto, ao *mandado de segurança*, remédio que não goza de isenção constitucional, somente excepcionando as custas em caso de concessão do benefício da gratuidade de despesas processuais.

Ainda no que tange ao preparo recursal, interessante traçar um paralelo entre a sua regulação no processo penal e o recente regramento instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, também no processo penal deve se vedar a cobrança de preparo em *processos eletrônicos*, conforme preceitua o parágrafo 3º do artigo 1.007.

---

[756] BADARO, Gustavo. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 824.

[757] LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 667.

Ademais, o Código de Processo Civil inovou ao permitir a possibilidade de *complementação do preparo* recursal. Conforme indica o artigo 1.007, parágrafos 2º e 4º, *"a insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias"*; *"o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção"*.

O que o Código deixa claro, portanto, é que *não há mais deserção imediata* decorrente do não recolhimento ou do recolhimento irregular do preparo. Antes de aplicar a penalidade, o juiz deverá *intimar o recorrente*, seja para recolher o valor integral das custas de processamento (em caso de não recolhimento), seja para complementá-las (em caso de recolhimento inferior).

Verifica-se, ademais, que apenas o autor que se omite em relação ao recolhimento do preparo está sujeito à penalidade da *duplicidade do valor* (§ 4º), o que não ocorre com a parte que recolhe preparo insuficiente. Esta suportará apenas uma nova intimação para complementação (§ 2º). Entende-se que todo este regramento também deve ser aplicado à seara processual penal.

Ainda, nas trilhas das novas regras envolvendo o recolhimento do preparo na seara processual civil, o Código esclarece que *"o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias"*. A disposição, bastante festejada na prática advocatícia, combate a indesejada *jurisprudência defensiva* praticada pelos Tribunais em relação à exigência do preparo recursal. Agora, portanto, somente após oportunizar a correção da guia de custas é que o relator poderá cogitar da aplicação da pena de deserção.

Finalmente, estabelece o Código de Processo Civil que *"provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo"*. Destarte, ainda que violadas as regras de recolhimento do preparo, admissível que o recorrente provoque o relator para que supere a aplicação da pena de deserção, cumprindo-lhe, porém, comprovar o *justo impedimento* para realização do ato.

Em que pese a existência de críticas quanto à importação das regras processuais civis ao processo penal, fato é que os dispositivos antes indicados se propõem a regular a penalidade de deserção *in favor* recorrente, estabelecendo parâmetros mínimos de aplicabilidade pelos Tribunais. Na visão destes autores, não há razão para que estas regras não sejam estendidas também ao processo penal, valorizando-se especialmente o direito de defesa do réu.

6. Crítica ao regime jurídico das custas judiciárias no Direito Processual Penal

Ao tratar dos princípios e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 assegurou que qualquer ameaça ou lesão a direito fundamental pode ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário, consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5°, XXXV, da CF). Esta garantia fundamental possui como um de seus corolários a ampla defesa e o contraditório, os quais devem se exercitar de forma plena e efetiva, o

que implica não apenas que seja dado à parte o direito de se manifestar, mas que também sejam concedidos os meios para que tal ato seja realizado da forma mais adequada e proveitosa possível. Assim, visando assegurar o Estado Democrático de Direito, a Carta Constitucional prevê o direito à ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes (art. 5°, LV, da CF/88).

Nesse contexto, Geraldo Prado acentua que o processo penal não é apenas um instrumento de composição do litígio, mas, sobretudo, um instrumento político de participação, que, a depender do maior ou menor nível de democratização da sociedade, afigura-se imprescindível para a coordenação entre direito, processo e democracia.[758]

Aliás, é comum que no processo penal se percebam alguns desequilíbrios entre acusação e defesa, a depender do tipo de ação penal ajuizada. Assim, quando se está diante de ação penal pública o ordenamento expressamente exclui a exigência de preparo, ainda que o recurso se desenvolva em favor do acusado, eis que a figura do Ministério Público no processo torna controversa a aplicação das custas judiciárias. De outra banda, no caso da ação penal privada, o réu estará obrigado ao recolhimento de custas, salvo em se tratando de acusado reconhecidamente pobre.

Sobre o tema, Aury Lopes Jr indica haver uma espécie de paradoxo em relação à ação penal de iniciativa pública, em que não há qualquer possibilidade de deserção envolvendo o recurso da acusação ou da defesa. Segundo questiona o autor: "*por que o réu, em crime de ação penal pública, pode recorrer sem pagar nada na ação de iniciativa privada não? O direito de defesa e de acesso à jurisdição é igual. Qual o fundamento da deserção?*".[759]

Ainda a respeito dessa insegurança jurídica gerada pela regulação insuficiente das custas judiciárias no processo penal, o parágrafo único do artigo 336 do Código de Processo Penal indica que a fiança servirá para o pagamento das custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa caso o réu seja condenado, estabelecendo que isto também ocorrerá no caso de prescrição depois da sentença condenatória.

Novamente, a doutrina aponta que o parágrafo único apenas teria aplicação no caso de *prescrição da pretensão executória*, porque, neste caso, embora haja condenação efetiva, o Estado perderia a pretensão de aplicar a pena pelo decurso do tempo. Doutro giro, o entendimento não deveria ser aplicado à *prescrição da pretensão punitiva*, dada a não incidência de multa, indenização do dano ou prestação pecuniária.

6.1. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil?

Outro questionamento sensível relacionado à regulação das custas judiciárias no processo penal refere-se à aplicação subsidiária das regras processuais civis. Afinal, a falta de regulamentação detalhada a respeito das custas judiciárias no processo penal deve conduzir à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil?

O tema é complexo, pois, em se tratando de processo penal, o recolhimento de despesa tangencia o serviço público judiciário dirigido a assegurar o direito fundamental

---

[758] PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

[759] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 627.

à liberdade. Ademais, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil há tempos vem sendo alvo de críticas por parte da doutrina especializada.[760] Nesse sentido, arguta é a crítica de Juarez Cirino dos Santos, para quem:

> O processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais – como o processo civil, por exemplo, dominado pela liberdade de partes em situação de igualdade processual -, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados.[761]

Também Aury Lopes Jr., ao enfrentar a questão do prazo para a realização do preparo (o qual não possui tempo previamente fixado no processo penal), enfatiza que:

> O § 2º do art. 806, do CPP determina que o pagamento das custas deverá ser feito no prazo fixado em lei ou marcado pelo juiz. Especificamente no que tange ao preparo dos recursos, não há prazo fixado em lei. Portanto deverá o juiz, recebendo a petição de interposição (ou termo nos autos), intimar o recorrente para recolher as custas e fixar um prazo (razoável) para tanto, sendo normalmente estabelecido o prazo de 5 dias. Ao contrário do que sustenta alguma doutrina, não existe lacuna alguma, sendo absolutamente inadequada qualquer analogia com o Código de Processo Civil.[762]

Outra grande problemática envolvendo a aplicação subsidiária refere-se à justificativa das custas judiciárias com fulcro no *princípio da causalidade.* No processo civil, tem-se como fundamento basilar relacionado às custas a ideia de que "aquele que deu causa a ação deve arcar com o custo do processo". Tal não ocorre, entretanto, em relação à ação penal pública, que, norteada pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, submete vítimas e acusados à persecução penal contra sua vontade. Neste caso, como aplicar o princípio da causalidade?

Conforme advoga Aury Lopes Jr,[763] o objeto do processo penal é a pretensão acusatória (e não punitiva), ou seja, há no acusador um direito subjetivo de acusar, que nasce pelo delito e é dirigido ao Tribunal, o qual, por sua vez, exerce o *jus puniendi*, condicionado, porém, aos limites da pretensão acusatória e à prevalência da liberdade.

Em que pese as críticas da doutrina, os Tribunais vem aplicando o Código de Processo Civil na lacuna da lei processoual penal. Exemplo disso é o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentindo de que o beneficiário da gratuidade de justiça deve ser condenado em custas, permanecendo a condenação submetida à suspensão pelo prazo de 5 anos, caso haja alteração na situação financeira daquela pessoa, na forma do

---

[760] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Imprenta: Curitiba, Jurua, 1998, p. 119.

[761] SANTOS. Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 655.

[762] LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal, op. cit., p. 627.

[763] Ibid., p. 110.

Código de Processo Civil.[764]

6.2. A polêmica envolvendo a recorribilidade da decisão que condena ao pagamento de custas no processo penal

O tema da recorribilidade envolvendo o direito à gratuidade de despesas processuais e as custas judiciárias também abriga polêmica no âmbito doutrinário, considerando que não há clara definição a respeito do recurso cabível.

Para melhor se compreender o assunto, necessário separar as situações.

Assim, em se tratando de *sentença judicial* que encerra o processo de conhecimento e fixa condenação por custas judiciárias, prevalece que a impugnação deve ser promovida em *tópico preliminar da apelação criminal*. Como exemplo, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> Restando devidamente comprovadas autoria e materialidade delitivas, não há que se modificar a sentença condenatória. Não há que se falar em isenção da pena de multa, ou das custas processuais, diante da hipossuficiência do réu. Se comprovado nos autos que o apelante é pobre no sentido legal e não tem condições de arcar com as custas processuais sem causar prejuízo a seu sustento e de sua família, imperioso o deferimento do pedido de concessão da assistência judiciária gratuita. Todavia, impende consignar que a concessão da gratuidade da justiça não inclui a isenção das custas processuais, como se depreende do art. 804 do CPP. Certo, também, que o pagamento não é imediato, submetendo-se à condição suspensiva de exigibilidade prevista no art. 98, § 3º, do NCPC.
>
> TJ-MG, APR 10024141549717001-MG, Rel. Paulo Cézar Dias, j. 21/11/2017.

Doutro giro, em se tratando de decisão envolvendo à fase de *execução penal*, caberá ao executado interpor o recurso de *agravo em execução penal*,[765] remédio genérico previsto pela Lei de Execução Penal para solucionar os inconformismos na execução.

A grande questão, porém, é decifrar o recurso cabível contra a *decisão interlocutória* que define a incidência ou não da gratuidade no curso do processo penal. Três correntes habitam o cenário jurisprudencial. Uma primeira corrente defende o cabimento do *recurso em sentido estrito*, por ser este o remédio adequado contra decisões interlocutórias na seara processual penal. Já uma segunda corrente propõe a impetração do *mandado de segurança* enquanto sucedâneo recursal, dada a ausência de previsão legal a respeito do recurso cabível.[766] Por fim, uma terceira corrente caminha no sentido da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, considerando a regra de integração contida no artigo 3° do Código de Processo Penal. Neste último caso, seria cabível o *recurso de agravo de*

---

[764] STJ, AgRg no AREsp 254.330-MG. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/03/2013.

[765] TJ-MG, AGEPN 10702160061587001-MG, Rel. Paulo Cézar Dias, j. 11/03/0018.

[766] TJ-SP, MS 0189929-04.2013.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Antônio Rossi, j em 14/10/2013. Neste caso, a liminar foi deferida pelo Tribunal, desautorizando que réu obtivesse o seu recurso condicionado ao pagamento de custas, tratando-se de ação penal pública.

instrumento.[767]

Na visão destes autores, nenhuma das correntes resolve a contento o busílis da questão. Em relação ao cabimento do recurso em sentido estrito, é cediço que a jurisprudência vem reforçando a natureza taxativa do rol do artigo 581, o que impediria fossem decisões interlocutórias não descritas abrangidas pelo dispositivo indicado.

Por sua vez, já se tornou lugar comum a argumentação envolvendo as inconveniências do uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal, seja pela não aceitação jurisprudencial,[768] seja pela dificuldade prática de se deduzir a existência de direito líquido e certo, ante a vedação concernente à produção probatória.

Já no que atina à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a interposição do recurso de agravo de instrumento precisa ser avaliada *cum grano salis*. De um lado, cria-se um verdadeiro "*frankstein*" processual, obrigando o julgamento de um recurso cível perante as turmas colegiadas criminais, fazendo nascer na prática o *recurso de agravo de instrumento criminal*. O mesmo ocorre em relação aos agravos de instrument interpostos como sucedâneo recursal no caso de decisões que indeferem medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha.

Ademais, o manejo do agravo coleciona divergências jurisprudenciais, como se pode depreender de precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

> O Código de Processo Penal não lista o recurso de agravo de instrumento como uma de suas espécies recursais, o que restringe sobremaneira a eventual utilização para casos excepcionais no âmbito criminal. 2. Existem situações na seara penal em que se permite o manejo do agravo de instrumento, situações essas, todavia, em que a própria peculiaridade da situação jurídica já dá indícios da possibilidade de sua utilização, tais como os recursos envolvendo o Direito da Criança e do Adolescente, eis que a Lei nº 8.069/1990, em seu artigo 198, é expressa em adotar o sistema recursal do Código de Processo Civil, bem como a Lei de Violência Doméstica, pautada na Lei nº 11.340/2006, norma essa verdadeiramente híbrida, é dizer, que envolve situações decorrentes do direito civil e do direito penal, conforme se verifica em seu artigo 13. 3. A discussão acerca do pagamento de isenção de custas processuais, inserida no artigo 804 do Código de Processo Penal, não é caso jurídico a ser discutido na esfera recursal penal por meio de agravo de instrumento, pelo contrário, seu debate deve ser realizado ou pelas espécies recursais próprias do Código de Processo Penal, inseridas em seu artigo 574 e seguintes, desde que o processo ainda se encontre tramitando, ou no âmbito do próprio Juízo da Execução Penal, caso o processo já tenha transitado em julgado, a teor do artigo 66, inciso VI, da Lei nº 7.210/1984. Precedentes. 4. Preliminar acolhida. Recurso não conhecido.
>
> TJ-ES, AI 00001923020168080015, Rel. Sérgio Luiz Teixeira Gama, j. 18/05/2016.

---

[767] O art. 3º do CPP dispõe que: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".

[768] *HC 368.906/SP*, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. *28/04/2017*.

O que se percebe, portanto, é que nenhuma das correntes soluciona suficientemente o impasse, revelando a alarmante necessidade de uma adequada regulamentação do tema no Código de Processo Penal.

7. Conclusão

Em que pese à existência de regras a respeito das custas judiciárias no Código de Processo Penal, o presente estudo procurou demonstrar que o tema agrega diversas deficiências no tocante à aplicação do instituto, tais como a não regulação da recorribilidade da decisão que fixa as custas judiciárias, os obstáculos gerados pela imposição do preparo, o desequilíbrio envolvendo o regime de custas nas ações penais públicas e privadas, os descompassos envolvendo a fiança, as medidas assecuratórias e as taxas de diligências, dentre outros problemas concretos que reforçam a necessidade de uma atenção específica dos estudiosos do processo penal em relação às custas judiciárias.

De outra banda, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, embora útil em determinadas circunstâncias (tal qual se verifica em relação à regulação do preparo, ao combate à jurisprudência defensiva, a aplicação da pena de deserção etc.), parece também não solucionar adequadamente o problema, ressuscitando em muitos aspectos a velha crítica doutrinária à teoria geral do processo.

É preciso deixar claro que, em se tratando de Direito Processual Penal, não há que se cogitar de lide, de vencedor e vencido ou ainda de princípio da causalidade. Ao contrário, está-se diante de pretensão acusatória, de *jus puniendi* estatal e de prevalência da liberdade.

Melhor seria, aliás, que *não incidissem custas judiciárias no âmbito processo penal*, dada a ausência de espontaneidade das partes em relação ao processo. É o que ocorre em relação ao *habeas corpus*. Como a lei assim não dispõe, o regramento aplicado deve atender às vicissitudes do processo penal, aplicando-se sempre *in favor reo* e jamais contra o direito de defesa.[769]

Outrossim, urgente que o tema galgue regulamentação específica no âmbito processual penal, evitando situações antidemocráticas de desequilíbrio processual ou violações ao direito fundamental à ampla defesa.

8. Referências Bibliográficas

ASSIS, Araken de. Doutrina e prática do processo civil contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BADARO, Gustavo. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

---

[769] Como lembra Rui Cunha Martins, o impedimento ao direito de defesa deve ser compreendido como verdadeira ofensa ao Estado Democrático de Direito, o qual visa assegurar a efetividade das garantias, que não se somam, antes se articulam em relações mais complexas, havendo entre elas uma relação de interpenetração recíproca, dando assim origem a um sistema circular, que busca assegurar em níveis cada vez mais elevados a proteção do indivíduo. MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons.* 3ª ed.Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2013, p 72.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Diagnósticos das custas processuais praticadas nos Tribunais. Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Lide e o Conteúdo do Processo Penal. Imprenta: Curitiba, Jurua, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. V. único. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons. 3ª ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme Souza de. Código de Processo Penal Comentado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos procedimentais do benefício da Justiça Gratuita. In: Defensoria Pública - Col. Repercussões do Novo CPC. Coord. SOUSA, José Augusto Garcia de. Salvador: Juspodivm, 2015.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS. Juarez Cirino dos. Direito penal – Parte Geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CAPÍTULO XVIII

AS REPERCUSSÕES DA LEI ANTICRIME NA EXECUÇÃO PENAL

ALESSA PAGAN VEIGA

Membra Titular da Comissão Nacional Especializada em Execução Penal do Condege. Ex-conselheira Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Ex-membra da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Especialista em direito sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais.

MARCELLA MORAES PEREIRA DAS NEVES

Pós-graduada em ciências criminais pela Faculdade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Ex-conselheira do Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Ex-membra da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais

CAPÍTULO XVIII – AS REPERCUSSÕES DA LEI ANTICRIME NA EXECUÇÃO PENAL

A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O CUMPRIMENTO DA PENA PÓS REFORMA

I. INTRODUÇÃO

Desde a época do iluminismo o Direito Penal tem na pena privativa de liberdade o seu método hegemônico como resposta ao fenômeno criminal e, em razão disso, se assiste ao encarceramento em massa. A consequência direta é a superlotação carcerária, que ocasiona uma situação de grave violação aos diretos humanos das pessoas privadas de liberdade dentro das unidades prisionais, desprovidas de qualquer condição digna de sobrevivência.

Estudo divulgado pela Pastoral Carcerária brasileira constatou que existem, aproximadamente, 11 (onze) milhões de pessoas encarceradas no mundo. O Brasil possui mais de 725 (setecentas e vinte e cinco) mil pessoas presas, ficando atrás apenas da China (1,6 milhão) e dos EUA (2,1 milhões). Cabe destacar que a soma da população prisional dos dez países que mais aprisionam (EUA, China, Brasil, Rússia, Tailândia, Indonésia, Turquia, Irã e México) corresponde a mais do que 60% desse total[770]. Segundo dados do Infopen de Junho de 2017, o Brasil passou de 90 (noventa) mil pessoas privadas de liberdade, em 1990, para 726.354 (setecentos e vinte e seis mil, trezentos e cinquenta e quatro), em 2017[771].

Constata-se a falta de estrutura material das unidades prisionais e a omissão do Estado em efetivar os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. As degradantes e desumanas condições de encarceramento do sistema prisional brasileiro leva a concluir que a maioria da população carcerária é exposta a tratamento desumano, sendo submetida muitas vezes a atos de tortura, visto que toda ordem de violação à integridade física e psíquica são, em si mesmas, torturadoras.

Diante desse cenário de falência do sistema carcerário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, inspirado no modelo Colombiano, declarou o "Estado de Coisas Inconstitucional" por meio da ADPF 347, deferindo medidas cautelares[772] voltadas ao esvaziamento do cárcere. Dentre as providências apresentadas foi evidenciada a necessidade de uma análise célere da manutenção da prisão em flagrante, pela instalação das audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN. Ainda, insta salientar a edição da súmula vinculante nº.56, a qual estabeleceu, em suma, que a

---

[770] CAULYT, Fernando. Brasil, terceira maior população carcerária, aprisiona cada vez mais. Revista Carta Capital. [Em linha]. [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais/.

[771] Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017 [Consult. 19 Jan. 2019]. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf.

[772] Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. ADPF 347 MC/DF [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665.

falta de estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.

Contudo, mesmo diante dos alertas feitos pelo Supremo Tribunal Federal e da lastimável realidade do sistema prisional, em 24 de dezembro de 2019, foi aprovada a Lei 13.964, vulgarmente conhecida como "pacote anticrime", a qual endurece drasticamente a execução das penas privativas de liberdade. A novel legislação não teve qualquer preocupação com a situação de superlotação carcerária vivenciada no país, nem mesmo com os custos humanos e financeiros das medidas a serem implementadas.

II. INEXISTÊNCIA DE COORDENAÇÃO E ATUAÇÃO INTEGRADA DOS PODERES DA REPÚBLICA

A implementação de rígidas medidas ao cumprimento da pena privativa de liberdade promovidas pelo "pacote anticrime" também desprezou as recomendações emanadas pelo próprio Poder Legislativo, o qual já vinha alertando a grave crise financeira vivenciada pelos Estados, face aos gastos com a manutenção de pessoas presas.

O relatório do Tribunal de Contas da União de 2017, TC 003.673/2017-0, elaborado em razão de auditoria realizada pela Secretaria de Controle Externo da Defesa Nacional e da Segurança Pública, em conjunto com tribunais de contas estaduais e municipais, sobre o sistema prisional, apontou que a gestão do sistema prisional é um dos maiores desafios da Administração Pública, já que exige elevado grau de coordenação de atores pertencentes aos Poderes Executivo e Judiciário, incluindo as funções de legislar e fiscalizar a cargo do Poder Legislativo[773].

No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito realizada pela Câmara dos Deputados em 2009, com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, no item 04, denominado legislação do pânico, ficou consignado que esse festival de proposições legislativas decorrem de momentos de crise de segurança pública, quase sempre por pressão social, em razão da violência e de fatos pontuais de grande repercussão na mídia social.

> *"Essa "legislação do pânico", como foi apelidada, sobrecarrega a justiça criminal brasileira, carente de estrutura humana, material e de tecnologia, e abarrota os estabelecimentos penais, na sua esmagadora maioria de presos pobres. Com a sobrecarga de demanda, o Poder Judiciário, que tem o papel de fazer justiça, pratica injustiças, condenando por antecipação, antes que recebam apenação definitiva, milhares de presos chamados de provisórios, dos quais muitos cumprem pena sem julgamento, em razão da morosidade da justiça.*
>
> *Faz-se assim, injustiça em nome da justiça. Autorizado pelo legislador, o Judiciário tem sinal verde para apenar mais, encarcerar mais, sob a filosofia de que processo penal bom é aquele processo penal que resulta em sanção, punição, prisão.*

---

773 Tribunal de Contas da União [Consulta. 19 Jan. 2020] Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/367320170.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=de5f7fa0-35fd-11ea-851c-63c89291405b.

> *Quando Legislativo e Judiciário se juntam apenas para punir, põem nas mãos do Poder Executivo, especialmente dos Governos Estaduais, uma bomba de grande efeito destrutivo, já que compete aos Estados a gestão do sistema carcerário"*[774].

A conclusão, no relatório final, é a de que o Poder Legislativo tem indiscutível responsabilidade pelo caos do sistema carcerário.

Ademais, ao analisar a questão das propostas para as saídas temporárias e a progressão de regime, no relatório do Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados, no projeto de lei 10.372, de 2018, foi mencionado que o Estado deve adotar políticas criminais que reforcem a credibilidade do sistema e a readequação do sistema penal à realidade social em que se encontra o Estado brasileiro.

A superlotação do sistema prisional brasileiro, também, foi objeto de preocupação do Grupo de Trabalho da Revisão Periódica Universal (RPU) do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Foi apresentado projeto de relatório de resultado da Revisão Periódica Universal do Brasil, prevendo que o Brasil tome medidas para reduzir o excesso de encarceramento, resolva o problema das prisões superlotadas para eliminar as condições desumanas e tome medidas para prevenir tortura, violência, assassinatos e as sérias condições de superlotação e degradação das prisões do Brasil[775].

Após dez anos da CPI do sistema carcerário estamos diante de uma legislação do pânico aprovada sem qualquer coordenação e atuação integrada dos Poderes da República. As inovações legislativas implementadas na Lei de Execução Penal contrariam todos os diagnósticos técnicos, decisões judiciais e até uma das leis da física, a impenetrabilidade, pela qual dois corpos não podem ocupar simultaneamente o mesmo lugar no espaço.

Na votação do projeto de lei, além da desconexão entre os Poderes e da inobservância de relatórios técnicos, judiciais e internacionais, foram esquecidos os massacres ocorridos nos Estado do Amazonas, Rio Grande do Norte, Maranhão, Pará e Pernambuco.

O Tribunal de Contas da União, ouvido pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que discutiu o projeto de lei em grupo de trabalho, informou que as propostas levariam ao aumento da população carcerária e da pressão sobre o sistema prisional.

A inicial da ADPF 347, que traz o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, sustenta que o Poder Legislativo estaria influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, o que contribui para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança da sociedade. Menciona a produção de "legislação simbólica".

Importante destacar que a justificativa do projeto de lei n. 882, de 2019, do pacote anticrime, consta a necessidade da reforma para adequar o ordenamento jurídico a uma nova realidade[776], ao argumento de que o Brasil atravessa a mais grave crise em sua

---

[774] Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital Câmara. *CPI SISTEMA CARCERÁRIO*. 2009. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701. P. 326.

[775] Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://acnudh.org/wp-content/uploads/2017/05/A_HRC_WG.6_27_L.9_Brazil.pdf.

[776] Câmara dos Deputados. *DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS*. 2019. [Consulta. 19 Jan. 2020].

história em termos de corrupção e segurança pública. Na oportunidade, foi enfatizada a elevação da corrupção nas últimas duas décadas, que seria exibida pela mídia diariamente. Assim como a questão da segurança pública e que "nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade" [777].

Fundamentação esta que, na ficção, seria digna de ser expedida pelo Ministério da Verdade do Grande Irmão em que, parafraseando Lynskey, "a verdade é mutilada, a linguagem distorcida e o poder violado" [778].

Como toda legislação do pânico, com a nova lei não é diferente, eis que ela apenas dará a população a falsa sensação de segurança e a crença de que os índices de criminalidade irão diminuir. Ocorre que, na verdade, as medidas legislativas adotadas apenas acarretarão o aumento da população carcerária e das injustiças no cumprimento de pena. Mais uma vez o Legislativo coloca na mão do Poder Executivo, especialmente dos Governos Estaduais, a temida bomba de grande efeito destrutivo, que nada mais que o incremento da superlotação carcerária.

Em suma, resta uma lei derivada de um festival de proposições legislativas que decorre de momentos de crise de segurança pública, em razão de fatos pontuais de repercussão da mídia, justamente caracterizando o que o relatório da CPI quis evitar. Esse panorama é marcado pelas ideologias de hiperpunitivismo ou expansionismo do Direito Penal, baseado em discursos populistas irracionais de que somente a adoção de medidas repressivas cada vez mais duras e a adoção de penas desumanas seria possível solucionar o problema da criminalidade e insegurança pública[779].

Por fim, resta frisar que a responsabilidade pelo caos do sistema prisional, que sempre foi atribuída a todos os Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário, abre agora uma nova página, de um mesmo livro, com o mesmo fracasso final.

III. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA EXECUÇÃO DA PENA PELA LEI 13.964/2019

Das alterações promovidas pela Lei 13.964, de 2019, resulta um inventário exaustivo de questionamentos. No entanto, necessário selecionar alguns aspectos que se revelam de elevado impacto para determinados direitos e para a dignidade humana, sempre em relação ao cumprimento da pena.

A. DO LIMITE MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DA PENA

A Lei 13.964/2019 modificou o art. 75, "caput" e §1º, do Código Penal, alterando o tempo máximo de cumprimento da pena de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Com

---

Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190315000370000.PDF#page=271. P. 287.

[777] Câmara dos Deputados. *DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS*. 2019. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190315000370000.PDF#page=271. P. 286.

[778] LYNSKEY, Dorian. *The Ministry of Truth:. The Biography of George Orwell's 1984*. Nova York: Doubleday, 2019, p.13.

[779] GRECO, Rogério - **Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol.** I. São Paulo: Saraiva, 2017. p.83.

efeito, a partir da vigência, se o agente praticar crimes e for condenado a várias penas privativas de liberdade, realizada a unificação, a pena total máxima não poderá suplantar o patamar de 40 (quarenta) anos.

A fundamentação externada para essa alteração foi a de que a expectativa de vida dos brasileiros teria aumentado, considerando-se dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 1940 a 2016[780]. Todavia, tal fato não significa que uma pessoa deva ficar mais tempo no sistema prisional, ainda mais quando este se apresenta falido e desumano.

Foi negligenciado o fato de que o público do cárcere é a parcela mais pobre da população e que tem expectativa de vida, ao menos, 10 (dez) anos mais curta, de acordo com estudo realizado pela Rede Nossa São Paulo, a partir de dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Saúde em comparação com os moradores de Paraisópolis e os vizinhos do Morumbi[781].

Nesse particular, insta sublimar que, amparado por razões humanitárias e na dignidade da pessoa humana, a lógica que permeia o Código Penal Brasileiro é a de que o fator idade admite abrandamentos na pena. Tanto que a tenra idade, em razão da imaturidade da pessoa, é uma circunstância atenuante da pena, como ocorre com os menores de 21 (vinte e um) anos na data da prática criminosa (artigo 65, inciso I, do Código Penal). Da mesma forma, os maiores de 70 (setenta) anos na data da sentença fazem jus a atenuante da pena, nos termos do artigo 65, inciso I, do Código Penal.

Não é demais ressaltar que o artigo 77, §2º, do Código Penal, prevê a possibilidade da suspensão condicional da pena no caso de pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, para condenados maiores de 70 (setenta) anos de idade. O que excepciona a regra geral disposta no *caput* do artigo 77, que autoriza a suspensão da pena, quando não superior a 2 (dois) anos.

O fator idade também foi levado em consideração pelo legislador ao dispor no artigo 115 do Código Penal a redução pela metade dos prazos prescricionais, nos casos de menores de 21 (vinte e um) anos de idade à época dos fatos e maior de 70 (setenta) anos na data da sentença.

O Código de Processo Penal não é alheio à situação de pessoas em idade avançada presas preventivamente, tanto que o seu artigo 318, inciso I, prevê a possibilidade da concessão de prisão domiciliar ao preso maior de 80 (oitenta) anos de idade.

O artigo 117 da Lei de Execução Penal admite a prisão domiciliar ao sentenciado maior de 70 (setenta) anos de idade que esteja no regime aberto. Porém, a jurisprudência pátria a concede para os presos em regime fechado ou semiaberto, quando acometidos de grave problema de saúde, que não possam ser tratados adequadamente no âmbito carcerário, desde que devidamente comprovada a incapacidade.

Assim, o aumento do lapso temporal máximo de cumprimento da pena vai promover

---

[780] Câmara dos Deputados. *DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS*. 2018. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020180620000950000.PDF#page=592 P. 610 e seguintes.

[781] BBC News. Para moradores de Paraisópolis, vida média é 10 anos mais curta que no vizinho Morumbi. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50666702.

o aumento da população carcerária. Por via oblíqua imporá uma pena de caráter perpétua, embora sem essa designação, em clara violação à vedação inserta no art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal. Com efeito, face o princípio da irretroativa da lei penal maléfica, essa inovação não alcançará fatos pretéritos.

Nessa esteira, não há como defender que a nova redação do artigo 75 do Código Penal promoveu a adaptação da norma à realidade social, dado o aumento da expectativa de vida das pessoas. A aludida justificativa é genérica e divorciada das estáticas e índices do perfil dos presos, pois no Brasil a massa da população carcerária é formada pelos desfavorecidos socioeconômicos.

B. DOS PATAMERES DE PROGRESSÃO DA PENA

Outra novidade do "pacote anticrime" foi a alteração do artigo 112 da Lei de Execução Penal, que promoveu um drástico aumento na exigência do requisito objetivo - tempo de cumprimento da pena - para o direito à progressão de regime.

Antes da vigência da Lei 13.964/2019, a Lei de Execução Penal exigia o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior para que o sentenciado pudesse progredir de regime. Com a Lei 11.464/07, a progressão de regime carcerário para os crimes hediondos ou equiparados foi fixada em 2/5 (dois quintos) para o condenado primário e em 3/5 (três quintos) para o condenado reincidente, não sendo necessária a reincidência específica, nesse último caso.

Inicialmente, insta destacar que o ordenamento jurídico brasileiro, no próprio artigo 112, "caput", da Lei 7210/1984, adotou o sistema progressivo de penas. Dessa forma, a progressão de regime constitui importante estímulo à ressocialização e foi instituída com vistas à reinserção gradativa do condenado ao convívio social, antes de atingir a liberdade.

Os patamares temporais para a progressão de regime durante o cumprimento de pena, fixados pela Lei 13.964/2019, violam frontalmente o sistema evolutivo de progressão da pena, uma vez que, na maior parte dos casos, exige-se mais de 30% (trinta por cento) do cumprimento da reprimenda para a aquisição do direito de progressão de regime.

Importante ressaltar que nem todas as alterações foram prejudiciais aos sentenciados. De acordo com o novo diploma legal, nos crimes sem violência à pessoa ou grave ameaça, o primário precisará percorrer 16% (dezesseis por cento) da pena. Essa modificação é uma rara previsão benéfica diante do novo sistema de progressões. Afinal, 16% (dezesseis por cento) resulta em tempo um pouco menor que 1/6 (um sexto).

Contudo, a nova redação do art. 112, I, da lei de Execuções Penais, será exigida apenas aos condenados primários que praticam crimes sem violência ou grave ameaça. Na maioria dos casos, por exemplo, nos crimes de receptação, de furto, tráfico privilegiado e nos crimes de posse ou porte de arma de fogo de uso permitido praticados por pessoas primárias, a condenação por esses delitos já não resultava na imposição de uma pena privativa de liberdade. Isso significa dizer que, na prática, não haverá progressão de regime com 16% de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A realidade demonstra que a grande parte dos condenados inseridos no cárcere são os sentenciados reincidentes, de forma geral, principalmente pela prática dos crimes de

roubo e de tráfico de drogas. Assim, necessariamente, a população carcerária vai cumprir, no mínimo, 20% da pena, promovendo o aumento da massa carcerária.

Com efeito, a nova redação do art. 112, inciso I, da LEP terá aplicação retroativa, em razão de se tratar de *novatio legis in mellius*. As demais progressões, por serem tratadas em lei de direito material, serão aplicadas apenas aos crimes cometidos após a vigência da nova lei.

O reincidente em crime sem violência à pessoa ou grave ameaça, terá que cumprir 20% (vinte por cento) da pena, nos termos do inciso II, do art. 112. Na hipótese de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, o sentenciado primário terá que cumprir 25% (vinte e cinco por cento) da pena, conforme inciso III do art. 112. O sentenciado reincidente em crime com violência ou grave ameaça, 30% (trinta por cento) da pena, previsto no inciso IV do mesmo diploma legal. Comparado o lapso temporal exigido antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é possível concluir que houve aumento considerável no lapso temporal exigido para a progressão de regime nesses casos.

Veja que a redação dos incisos II e IV são claras ao mencionar reincidentes em crimes sem violência ou grave ameaça ou reincidentes em crimes com violência ou grave ameaça. Reincidentes específicos. Não foi prevista a hipótese do crime anterior ser sem violência ou grave ameaça e o posterior ser com violência ou grave ameaça - ou o contrário. Com a lacuna da lei deverá ser aplicado o prazo mais benéfico ao sentenciado, que é o de 20%, previsto no inciso II, do art. 112.

O art. 112, inciso VII, prevê o cumprimento de 60% (sessenta por cento) da pena se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado. Assim, o inciso foi criado apenas para o reincidente específico em crime hediondo. Do mesmo modo, prevê no inciso VIII, o cumprimento de 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte.

Não foi objeto de regulamentação legal especifica a hipótese daquele que pratica um crime hediondo após uma condenação transitada em julgado por crime comum. Diante da omissão legislativa, deverá ser aplicada a regra geral inserta no inciso V, do art. 112, da Lei de Execução Penal, o qual prevê que o condenado primário que pratica crime hediondo ou equiparado deverá percorrer 40% (quarenta) por cento da pena. Isso porque a lei silencia qual lapso deverá ser aplicado, devendo-se utilizar, por analogia, a regra mais benéfica ao sentenciado que pratica crime hediondo ou equiparado pela primeira vez. Como a regra anterior era de 3/5, a lei deverá retroagir, a fim de alcançar as situações anteriores à sua vigência.

É importante frisar que o art. 112 da LEP tem redação muito clara quando aponta cumprimento de pena para reincidente "em" crime hediondo ou equiparado (VII e VIII), reincidente "em" crime sem violência ou grave ameaça (II), reincidente "em" crime com violência ou grave ameaça (IV). Todas reincidências específicas. Deve-se observar o princípio da legalidade estrita.

Trata-se de questão diversa ao do revogado art. 2º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondo, que previa 3/5 ao reincidente em termo genérico, o que levou à interpretação de aplicação a qualquer reincidente. Na nova legislação, como a redação é expressa, limitadora e clara, não há margem para interpretações ampliativas com a aplicação de regra gravosa.

Existem, portanto, lacunas para os casos em que se combinam crimes diversos ao reincidente. Com a lacuna, deve-se aplicar a norma mais benéfica, já que é direito fundamental do acusado a retroatividade da lei penal em seu favor.

Em relação a já citada previsão de cumprimento e 70% (setenta por cento) da pena ao condenado reincidente por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, é bom lembrar que a pena do crime de homicídio qualificado, crime hediondo com resultado morte, por excelência, pode chegar a 30 anos. Muitas vezes este sentenciado estará submetido a uma pena de caráter perpetuo ou mesmo esvaziada de qualquer caráter progressivo e ressocializador, o que se apresenta absolutamente inconstitucional.

No que se refere ao patamar de progressão para o condenado primário por crime de natureza hedionda ou equiparada, a nova lei manteve a mesma exigência de ter que se cumprir 40% (quarenta por cento) da pena, ou seja, 2/5 (dois quintos). A exceção ficou para o condenado primário por crime hediondo ou equiparado, com resultado morte que agora terá que percorrer 50% (cinquenta por cento) da pena fixada, isto é, metade (1/2).

A exigência de se cumprir metade da pena para progredir de regime também foi estabelecida para os condenados pela prática do crime de organização criminosa estruturada para a prática de crimes hediondos ou equiparados, que exerce o comando individual ou coletivo dela, bem como para os condenados pelo crime de constituição de milícia.

Cabe destacar que o legislador no art. 112, inciso VI, alíneas "b" e "c" da Lei 7210/84, não especificou se a exigência de cumprir metade da pena, nessas hipóteses, seria para o condenado primário, reincidente ou para ambos, como o fez na alínea "a" do referido dispositivo legal. Assim, o ponto em que a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazer, logo, em ambos os casos o condenado deverá cumprir metade da pena para progredir de regime.

A ausência de previsão na lei a respeito da condição de primário ou reincidente nas alíneas "b" e "c" do inciso VI do art. 112 da LEP, conduz a conclusão de que tanto o primário, como o reincidente, nesse caso, irá progredir de regime, uma vez percorrido 50% (cinquenta por cento) da pena.

O crime de organização criminosa estruturada para a prática de crimes hediondos e equiparados passou a ser considerado hediondo, nos termos do art. 5º da Lei 13.964/2019. Com efeito, se a sentença não destacar que o acusado exercia o comando individual ou coletivo da organização criminosa, o sentenciado primário deverá cumprir 40% da pena (art. 112, inciso V, da LEP). Lado outro, se ficar comprovada a referida atuação do sentenciado, ele deverá cumprir 50% da pena (art. 112, inciso VI, alínea "b" da LEP).

Com base em uma interpretação sistemática e teleológica do art. 112 da LEP, amparada nos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, defende-se que o condenado reincidente pelo crime de organização criminosa estruturada para a pratica de crimes hediondos ou equiparados, sem poder de mando, coletivo ou individual, deverá progredir após cumprir metade da pena, ao invés de 60% (sessenta por cento). Não seria razoável que aquele agente que é um mero integrante da organização criminosa, sem qualquer comando, se reincidente demorasse mais a progredir de regime, que aquele que exerce domínio sobre os demais integrantes da organização criminosa.

Resta salientar que mesmo tendo sido revogado o §2º do art. 2º da Lei de Crimes He-

diondos, permanece em vigor o art. 112, §3º da Lei 7210/1984, no que toca a progressão de regime de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que cumpridos os requisitos legais. A continuidade típica normativa do mencionado dispositivo legal é fundamentada na circunstância de que o legislador estabeleceu novos e diversos requisitos para a progressão de regime de condenados a crime hediondo ou equiparado, sem fazer qualquer menção a situação das mulheres nas condições especificadas na lei, o que induz a sua permanência em vigor.

A Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública de Minas Gerais, aprovou o Enunciado n. 28[782], que prescreve que "apesar da revogação do §2º, do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos, a progressão de regime das mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência deverá sempre seguir a vigente regra do §3º, do artigo 112, da LEP".

Cabe sublinhar que não houve alteração no tocante ao requisito de ordem subjetiva, permanecendo a necessidade de ostentar a boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento prisional.

O novo art. 112, §2º da LEP exige que a decisão judicial no incidente de progressão seja motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa, garantindo o devido processo e seus consectários legais.

Por fim, o art. 14 da Lei 13.964/2020, prevê em seu art. 14, a modificação do art. 2º, §9º, da Lei 12.850/2013. Prescreve que o condenado que integre organização criminosa, expressamente previsto em sentença, não poderá progredir de regime ou obter livramento condicional ou ter outros "benefícios" prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. A previsão é materialmente inconstitucional, pois viola o sistema de progressões e a individualização da pena.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental de constitucionalidade (Habeas Corpus n. 111840), declarou inconstitucional o §1º, do art.2º, da lei nº 8.072/90, que previa o regime fechado integral, justamente por contrariar o princípio da individualização da pena. Mesmo raciocínio deve ser utilizado ao art. 2º, §9º, da Lei 12.850/2013.

C. DA VEDAÇÃO DO DIREITO À SAÍDA TEMPORÁRIA

A novel legislação não endureceu apenas o sistema de progressão das penas, como também vedou o direito à saída temporária ao condenado que cumpre pena pela praticar crime hediondo com o resultado morte.

Ao apresentar prévia e abstratamente idêntica resposta à todos os condenados, a lei passa a considerá-los sem atribuição de valor e sem tratamento equânime aos desiguais, desconsiderando as circunstâncias do caso concreto e as questões de ordem subjetiva pertinentes a cada sentenciado, o que viola o princípio da igualdade e da individualização da pena.

---

[782] Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – Câmara de Estudos de Execução Penal. [Consulta. 18 Jan. 2020]. Disponível em https://www.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/01/ENUNCIADOS-APROVADOS-CONSOLIDADOS.pdf

Nesses casos, ao que tudo indica, os condenados serão inicialmente inseridos no regime fechado. Após cumprir 60% ou 70% da pena alcançarão regime intermediário e só terão direito ao trabalho externo, que depende de uma proposta formal de trabalho que nem todos os sentenciados conseguem obter, por motivos mais do que óbvios. Logo, fácil concluir que esses sentenciados irão cumprir suas penas, na prática, em regime integralmente fechado e despidos qualquer possibilidade de reintegração na sociedade. Nessa hipótese, a progressão ao regime semiaberto não passará de mais uma falácia no percorrer da execução da pena.

Ademais, a legislação negligencia a necessidade de se estimular o bom comportamento carcerário dos presos durante o cumprimento da pena. Esses sentenciados não terão qualquer estímulo para se comportarem de forma satisfatória no sistema prisional desumano e precário, eis que não haverá qualquer expectativa ou contrapartida do Estado, a fim de amenizar a forma de cumprimento de suas penas.

Nesse particular, não é demais recordar que o Supremo Tribunal federal, ao editar a súmula vinculante nº.56, destacou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, podendo-se aplicar, respeitados os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320, a prisão domiciliar. Com efeito, o legislador mesmo ciente da omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal, achou prudente fomentar o excesso de execução no regime intermediário. A impressão que deixa a nova lei é de um absoluto hiato do legislador com a realidade do sistema prisional brasileiro.

D. DO DIREITO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL

A respeito do direito ao livramento condicional oportuno trazer à baila o enunciado de nº. 29 da Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, o qual dispõe o seguinte:

> *"Considerando que o art. 112, incisos VI, "a" e VIII, da LEP, passou a vedar o livramento condicional somente nas hipóteses de crimes hediondos ou equiparados com resultado morte, independente se primário ou reincidente, não o fazendo expressamente no inciso VII, o livramento condicional passou a ser admitido nas demais hipóteses de crimes hediondos e equiparados com resultados diversos. Por se tratar de novatio legis in mellius, tal entendimento se aplica retroativamente".*[783]

Nos termos do enunciado acima transcrito é possível defender o direito ao livramento condicional nas demais hipóteses de crime hediondo ou equiparado ao reincidente que não revelem o resultado morte.

De acordo com o legislador racional, que é consciente e onisciente, ao vedar expressamente o livramento condicional apenas nas hipóteses dos incisos VI "a" e VIII ao primário ou reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, si-

---

[783] Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – Câmara de Estudos de Execução Penal. [Consulta. 18 Jan. 2020]. Disponível em https://www.defensoria.mg.def.br/wp-content/uploads/2020/01/ENUNCIADOS-APROVADOS-CONSOLIDADOS.pdf

nalizou a possibilidade da aplicação do livramento condicional ao reincidente em crime hediondo, pois nada mencionou no inciso VII.

A nova lei, ao suprimir os direitos de saídas temporárias e do livramento condicional, incide em nítido retrocesso social. Na medida em que revoga direitos fundamentais já positivados e regulamentados sem a correspondente criação de medidas alternativas ou substitutivas. O princípio constitucional da proibição ao retrocesso social dialoga, diretamente, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Dessa forma, a supressão dos referidos direitos viola frontalmente a dignidade da pessoa humana no sentido da garantia de um mínimo existencial no curso da execução da pena.

Além disso, o prolongamento indeterminado desses sentenciados no cárcere, por consequência, vai afetar os direitos de outros presos, eis que o incremento da superlotação dificultará ainda mais o acesso a direitos pelos demais presos. Portanto, foi violado o núcleo essencial do direito fundamental ao cumprimento da pena de forma digna e compatível com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Carta Magna e na Lei de Execução Penal.

A modificação dos requisitos subjetivos para a concessão do livramento condicional[784] promovida pela lei, no art. 83 do Código Penal, que passa a exigir o bom comportamento e acrescenta o não cometimento de falta grave nos últimos doze meses, teve por escopo a manutenção da disciplina nos estabelecimentos prisionais.

Ocorre que não é difícil prever que a lei não vai cumprir ao fim a que foi proposto, ao revés, vai manter mais e mais pessoas presas indefinidamente. É cediço que boa parte das faltas disciplinares corresponde ao uso de droga, já que a maioria massacrante das pessoas privadas de liberdade é usuária e inexiste fiscalização eficiente dentro das unidades prisionais, recaindo a oneração da existência de droga ao dependente, que deveria ser tratado. Além disso, exigir 12 (doze) meses como obrigatório para qualquer tipo de falta grave praticada é objetivar o que antes era requisito subjetivo, violando-se o princípio da igualdade.

Na fundamentação do PL 10372/2018, que tratou da alteração do livramento condicional, consta expressamente que as alterações trazem o bom comportamento e não mais o comportamento satisfatório[785].

A diferença do conceito tem importância no âmbito administrativo prisional, a depender do regulamento interno. O Regulamento Penitenciário Federal prevê em seu art. 76 que a conduta poderá ser boa quando a pessoa privada de liberdade não possuir anotações de falta disciplinar ou possuí-la, mas obtiver a reabilitação administrativa.

Para a reabilitação, por exemplo, para faltas de natureza grave que forem cometidas com grave violência à pessoa ou com a finalidade de incitação à participação em mo-

---

[784] Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. 2018. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020180620000950000.PDF#page=592 P. 610 e seguintes.

[785] Câmara dos Deputados. Proposta PL 10372/2018 [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F5712C0588D-D0CF2FC2833A26DF9F1E.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. P. 36.

vimento para subverter a ordem e a disciplina que ensejarem a aplicação de regime disciplinar diferenciado, é necessário o prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

Advertência é que apesar da irretroatividade da lei, nesse ponto, é possível que magistrados neguem a concessão do direito ao livramento condicional com base no comportamento carcerário. Com efeito, a Defesa deverá exigir que seja fundamentada a incompatibilidade da falta cometida com a concessão do livramento condicional. Isso porque, de acordo com a nova redação do art. 83, inciso III, *alínea* "b", do Código Penal basta o cometimento de falta disciplinar de natureza grave.

E. DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O prazo de permanência máxima no regime disciplinar diferenciado (RDD) aumentou de 1 (um) ano para 2 (dois) anos, conforme a nova redação do art.52 da LEP. Isso significa dizer que a mais cruel e restritiva das sanções em face do cometimento de uma falta disciplinar grave se tornou ainda mais rigorosa. Apesar disso, na fundamentação do PL 10372/2018 consta que foi observado "absoluto respeito à dignidade humana e a vedação a penas cruéis" [786].

O interessante é que na visão do atual Ministro da Justiça, concretizado na proposta do PL 882, de 2019, o prazo de permanência nos presídios federais atualmente seria de apenas um ano, sendo pouco realista e insuficiente para que o criminoso rompa seus laços com as organizações criminosas[787]. Todavia, a transferência de pessoas privadas de liberdade não necessariamente rompe a relação com a organização criminosa. Existem casos de líderes de facções que criaram novos comandos após a permanência em presídios federais, como exemplo do ocorrido no Estado do Amazonas.

Ademais, viola o direito fundamental à dignidade humana e à vedação a tortura, pois ultrapassa o marco que separa o "regime de isolamento" ao "regime de isolamento prolongado", regime este que deve ser extinto ou regulado de maneira estrita, conforme recomendação do Comitê contra Tortura da ONU[788].

Soma-se, por fim, a regra 43 das Regras de Mandela, que prevê que devem ser proibidos o confinamento solitário indefinido e o prolongado. O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos, nos termos da Regra 44.

---

[786] Câmara dos Deputados. Proposta PL 10372/2018 [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F5712C0588DD0CF2FC2833A26DF9F1E.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. P. 35.

[787] Câmara dos Deputados. DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 2019. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190315000370000.PDF#page=271. P 293

[788] TEJADA, Rodrigo Collares. O regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e as Regras de Mandela: O Direito Internacional e o Futuro Julgamento da ADI 4162, STF. Defensoria Pública da União. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em https://dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed_2016_110_Rodrigo-Collares_Paper.pdf

F. DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO PRESO E DA FALTA GRAVE

Inicialmente, insta destacar que a Lei 12.654/2012 passou a obrigar os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes etiquetados como hediondos, a identificação do perfil genético, mediante a extração de DNA, devendo seguir técnica adequada e indolor.

O art. 4º da Lei 13.964/2019, prevê a inclusão do § 8º, no art. 9º-A, para constituir falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. No § 4º, dispõe que se não tiver sido submetido o condenado à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

Contudo, no dia 23.06.2016, o Plenário do Supremo Tribunal federal, por meio do voto do Min Relator Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 973837/MG, em razão da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

Cabe salientar, também, que no dia 3 de abril de 2018, foi editada a Resolução 9/2018 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que revogou a Resolução 3/2014, e determinou no art. 8º, que:

Art. 8º "Em caso de recusa, o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta.

Parágrafo único. O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012."

Ante o exposto, se descortina a existência de forte pressão para a responsabilização daquele que se nega a realizar a identificação genética. Entretanto, com o reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, o mínimo que o bom senso recomendaria é a espera da decisão judicial. Em que pese a independência e autonomia do poder legislativo, inserta no artigo 2º da CF/88, a harmonia e coerência no ordenamento jurídico é almejada por todos os operadores do direito. Acrescenta-se a isso, a patente a violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se auto incriminar, nos termos dos art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF.

A formação de um banco genético já é por si só assustadora, tanto que, a título de ilustração, salutar registrar que em junho de 2018 foi divulgado um incidente de segurança que teria envolvido o vazamento de dados de usuários do site "MyHeritage" (plataforma de genealogia online), ocorrendo a disseminação de um arquivo de e-mails e senhas de 92 (noventa e dois) milhões de usuários do serviço[789].

A criatividade maligna do legislador pariu uma nova modalidade de falta grave disciplinar para aquele que se nega a realizar a identificação do perfil genético. Essa nova tipificação de falta grave viola o direito a autodeterminação e autonomia privada do preso

---

[789] Wikipédia – MyHeritage. [Consulta. 19 Jan. 2020]. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/MyHeritage

no que se refere ao seu património genético, além de apresentar carater discriminatório. Ademais, capitular tal negativa do preso como falta grave nada mais é do que a consagração da perseguição pura e simples do Estado, pois destoa completamente do sentido e da lógica da existência das faltas disciplinares pela Lei de Execução Penal.

Ocorre que, nos termos do art. 44 da Lei de Execução Penal, a disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Melhor dizendo, é a disciplina em relação a um sistema penal, em que o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa. Dessa forma, não há que se falar em falta de disciplina a conduta de recusa à submissão ao procedimento de identificação do perfil genético.

O exposto demonstra que a alteração legislativa no que tange a execução penal é extremamente prejudicial e incompatível com a lógica de disciplina inserta na Lei de Execução penal. Ademais, a inovação prestigia o vedado direito penal do autor e pune o exercício do direito constitucional de não autoincriminação, acarretando ao sentenciado consequências irreversíveis.

IV. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE PARTE DA LEI 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

Pela exposição, até o momento, fica óbvio, claro e ululante que tanto o aumento do cumprimento da pena para 40 (quarenta) anos, quanto o aumento do requisito objetivo na progressão de regime, vedação ao livramento condicional, vedação às saídas temporárias e falta grave por não identificação genética causará aumento de despesa pública com grave impacto a ordem econômica e financeira da União e dos Estados. O aumento da população carcerária será exponencial em face da implementação das medidas legislativas impostas pela Lei 13.964/2019.

Ao projeto de lei n. 10.372, de 2018, resultado de trabalho realizado por comissão de juristas, presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, foram apensados para análise os projetos 10.373, de 2018, que dispõe sobre a ação civil pública de perdimento de bens e 882, de 2019, do Poder Executivo, que "altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei n. 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei n. 12.037, de 1 de outubro de 2009, a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei n. 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa".

Em razão da distribuição a mais de três Comissões de mérito, como as Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; Trabalho, de Administração e Serviço Público; Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania, o Presidente da Câmara dos Deputados determinou e o Plenário constituiu a Comissão Especial para analisar a matéria, nos termos do inciso II, do art. 34 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Compete à Comissão de Finanças e Tributação a análise dos aspectos financeiros e orçamentários públicos de quaisquer proposições que importem aumento ou diminuição da receita ou da despesa pública, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Após a nomeação de Comissão Especial, cabe a ela o exame e admissibilidade do mérito da proposição principal e das emendas que lhe forem apresentadas, nos termos do § 2º, art. 34, do RICD.

O Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas concluiu que:

> "Do mesmo modo não é possível, diante das regras jurídicas de aplicação da lei no tempo, bem como da ausência de previsibilidade objetiva dos resultados da aplicação dos projetos, deduzir que, necessariamente, ocorrerão custos maiores com o sistema prisional" [790].

Em suma, o Grupo de Trabalho concluiu pela compatibilidade e adequação orçamentária e financeira do Projeto de Lei nº 882, 2019, e do Projeto de Lei nº 10.372, 2018.

Importante ressaltar que na justificativa do Projeto de Lei n. 882, de 2019, consta que a maioria absoluta das propostas feitas não reclamariam recursos financeiros[791]. Projeto este que indicou o aumento de tempo no regime disciplinar diferenciado de um para três anos e que considerou a não realização de exame de identificação genética como falta grave, em patente aumento de tempo no cárcere e gasto público. Já na justificativa do Projeto de Lei n. 10.372, de 2018[792], o texto se manteve silente quanto ao aumento possível de despesa do poder público de forma direta ou indireta.

A questão é extremamente grave, pois as justificativas, nas propostas, nada mencionam em relação ao aumento de despesa pública. O Grupo de Trabalho, sem pesquisa contundente, concluiu que não seria possível deduzir que ocorrerão custos maiores com o sistema prisional. Entretanto, para chegar a essa conclusão, seria necessário ao menos estudo aprofundado da possibilidade de eventual impacto financeiro e econômico, o que não ocorreu.

No dia 30 de maio de 2019, quando ainda em trâmite de forma separada, o projeto de lei 882/19, o Deputado Marcelo Freixo requereu (RIC sob n. 669/2019) ao Presidente da Câmara dos Deputados fosse solicitada ao Senhor Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública a estimativa do impacto orçamentário e financeiro dos Projetos listados. Para tanto, argumentou que as iniciativas, caso aprovadas, acarretariam aumento da despesa da União, devendo-se submeter à norma prevista no art. 113 do Ato das Dispo-

---

[790] Câmara dos Deputados. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F150618986F5A26B37552A20FBB9953.proposicoesWebExterno2?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. P.118

[791] Câmara dos Deputados. DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 2019. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190315000370000.PDF#page=271. P. 287.

[792] Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. 2018. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020180620000950000.PDF#page=592. P. 592 e seguintes.

sições Constitucionais Transitórias[793]. Todavia, não consta na tramitação legislativa resolução da matéria e o projeto de lei foi declarado prejudicado em face da aprovação do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018, adotado pelo Relator da Comissão Especial.

Após análise pela Comissão Especial, o parecer proferido em plenário, nos termos do voto do Relator, foi o de que as proposições seriam constitucionais formal e materialmente, na forma do substitutivo que se apresentou[794]. Foram afastadas todas as emendas e votada a redação final, com aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018, adotado pelo Relator da Comissão Especial.

Assim, sem a estimativa do impacto orçamentário e financeiro, nas questões de referência ao aumento da população carcerária, discute-se se há violação ao princípio do Equilíbrio Orçamentário. O artigo 113 do ADCT prescreve que:

> *Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. (Artigo acrescido pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)*

A Despesa obrigatória de caráter continuado, nos termos do art. 17, da Lei de Responsabilidade Fiscal, é aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

O art. 113, do ADCT, constitucionaliza a regra prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente o art. 16, que prevê que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado da estimativa do impacto orçamentário-financeiro.

Insta ressaltar que na ADI 5816/RO, o Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, entendeu que o art. 113 do ADCT é norma de caráter nacional. Com isso, aplicável a todos os níveis federativos e funcionaria como requisito adicional para a validade formal de leis.

O art. 114 da Lei 13.707, de 14 de agosto de 2018, que dispõe as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2019, prescreve que as proposições legislativas que direta ou indiretamente importem aumento de despesa da União devem estar acompanhadas de estimativas desses efeitos no exercício em que entrarem em vigor e nos dois subsequentes.

Por fim, na mensagem 726, de 24 de dezembro de 2019, da Presidência da República, nas razões de veto parcial, do projeto de lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/18 da Câmara dos Deputados)[795], por manifestação do Ministro da Justiça e a Advocacia-Geral da União, o

---

[793] Câmara dos Deputados. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AED49768DF75D1ECFE9362F81C87756D.proposicoesWebExterno2?codteor=1757659&filename=Tramitacao-PL+882/2019

[794] Câmara dos Deputados. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F150618986F5A26B37552A20FBB9953.proposicoesWebExterno2?codteor=1841955&filename=Tramitacao-PL+10372/2018

[795] Presidência da República. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm

Presidente veta o § 1º do artigo 3º-B do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, inserido pelo art. 3º do projeto de lei, que veda o emprego da videoconferência na audiência de custódia, utiliza como um dos argumentos, justamente, a possibilidade de despesa pública com a violação das regras do art. 113 do ADCT, bem como artigos 16 e 17 da LRF e ainda artigo 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018)."

Assim, não há dúvida de que o artigo 113 do ADCT se aplica à matéria de execução penal que de forma direta ou indireta aumente a despesa pública, sendo necessário estudo do impacto financeiro e orçamentário.

Até o momento foram propostas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra o instituto do juiz de garantias (ADI 6298, 6299, 6300 e 6305), pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partido Trabalhista Nacional, Partido Social Liberal (PSL) e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Ainda, existe a ADI 6304, proposta pela Abracrim, que afirma que a nova lei cria uma pena de confisco de bens, em violação ao princípio da individualização da pena e da função social da propriedade. Porém, nenhuma ADI até o momento fora proposta contra a lei em razão do recrudescimento penal midiático e do gasto exorbitante que acarretará ao Poder Executivo.

O déficit de vagas prisionais apontado pelo Conselho Nacional de Justiça é de 248.851 (duzentos e quarenta e oito mil, oitocentas e cinquenta e uma) vagas[796]. O Tribunal de Contas da União (TCU) prevê que a estimativa seria de 386.264 (trezentas e oitenta e seis mil e duzentas e sessenta e quatro) vagas[797].

Antes da lei em comento, apenas para erradicar a superlotação, em cenário ideal, o sistema penitenciário nacional demandaria valor aproximado de R$ 97,84 bilhões para, no decurso de dezoito anos (R$ 5,44 bilhões por ano), extinguir o déficit de vagas prisionais, reformar unidades prisionais precárias e viabilizar seu pleno funcionamento. Em um cenário mais realista, ainda antes da lei, proposto pelo TCU, o investimento seria de R$ 49 bilhões em 18 anos, ou R$ 2,7 bilhões por ano[798].

Certamente, após a nova lei, com o aumento do tempo de progressão, aumento de tempo de cumprimento de pena total e inovação penal para prejuízo, a estimativa foi modificada e seria necessário novo estudo. Essa estimativa comprova, ademais, que é possível o estudo e a previsão futura de gastos com o sistema prisional.

Entre 2000 a 2016, a população prisional apresentou crescimento médio de 32.185 (trinta e duas mil, cento e oitenta e cinco) pessoas por ano e a tendência com a nova lei, é a de que o número cresça ainda mais, sem nenhuma previsão de contrapartida para a sustentabilidade do sistema prisional.

---

[796] Conselho Nacional de Justiça. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php

[797] Tribunal de Contas da União. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/preso%2520custa%2520em%2520m%25C3%25A9dia%2520por%2520ano/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=de5f7fa0-35fd-11ea-851c-63c89291405b

[798] Tribunal de Contas da União. [Consulta. 14 Jan. 2020] Acesso em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/preso%2520custa%2520em%2520m%25C3%25A9dia%2520por%2520ano/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=de5f7fa0-35fd-11ea-851c-63c89291405b

Existem 1.449 (mil, quatrocentos e quarenta e nove) unidades prisionais, que custodiam 689.510 (seiscentos e oitenta e nove mil, quinhentos e dez) pessoas, nos termos do Infopen 2016. Nesse cenário, um preso custaria em média R$ 23.000,00 (vinte e três) mil reais por ano. Com isso, apenas para se ter uma ideia, somente com a alteração do art. 75 do Código Penal, que aumenta de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos o tempo e cumprimento de pena máxima, o Poder Executivo terá aumento de gasto de R$ 230.000,00 (duzentos e trinta) mil reais por ano, por preso, que deva cumprir mais 10 (dez) anos de pena.

A lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 é, portanto, formalmente inconstitucional na parte que agrava a pena e o cumprimento da pena, uma vez que haverá impacto na despesa pública, por importar despesa obrigatória, sem existência da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

V. CONCLUSÃO

O sistema prisional está falido e fadado ao colapso. A falta de vaga nas unidades prisionais é fato constatado documentalmente e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF nº.347 e editar a Súmula Vinculante nº.56.

No atual contexto de endêmica superlotação, manter os sentenciados para além dos patamares temporais de progressão exigidos anteriormente vai importar no agravamento das condições daqueles que cumprem pena e dos presos provisoriamente. O aumento do número de pessoas privadas de liberdade gera o comprometimento dos direitos de todos os internos, reduzindo perspectivas, por meio da remição e outros programas, voltados à ressocialização.

Assim, em que pese muitos avanços da reforma, no âmbito do cumprimento de pena, a Lei 13.964, de 2019, além de violar diversos dispositivos constitucionais, é formalmente inconstitucional, no que se refere às alterações realizadas nos art. 122, § 2º da LEP; art. 112 da LEP, com exceção do inciso I, e da parte que amplia o livramento condicional ao reincidente que pratica crime hediondo; art. 75 do CP; art. 52 da LEP; art. 83, inciso III, "b" do CP; art. 50, VIII da LEP, dentre outros não analisados, em razão da falta de estudo de impacto orçamentário e financeiro.

É patente que essa legislação simbólica ou legislação do pânico sobrecarregará a justiça criminal brasileira e abarrotará os estabelecimentos penais. Como descrito na CPI do sistema carcerário de 2009, o Judiciário, autorizado pelo legislador, recebeu sinal verde para apenar e encarcerar mais, concedendo ao Poder Executivo estadual a já mencionada bomba de efeito destrutivo

O encarceramento em massa provoca o sensível aumento nos índices da criminalidade violenta, o qual a mídia se encarregou de divulgar, estimulando o medo e a insegurança no seio social. Logo, o endurecimento das respostas penais aos delitos praticados que, na verdade, nada mais são que problemas político-sociais mascarados pela tipicidade penal, são legitimados pelo povo. Contudo, mesmo diante do exponencial aumento da massa carcerária os índices da criminalidade não desceram a patamares aceitáveis. Ao contrário, subiram significativamente, o que demonstra o fracasso do recrudescimento penal como meio de combater a criminalidade urbana, já que sua origem está nas mazelas

sociais decorrentes da globalização e do capitalismo.

VI. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de execução Penal

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos /Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016

BRASIL. Câmara dos Deputados. Biblioteca Digital Câmara. *CPI SISTEMA CARCERÁRIO*. 2009. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701

BRASIL. Câmara dos Deputados. *DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS*. 2019. [Consulta. 19 Jan. 2020]. Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190315000370000.PDF#page=271.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS*. 2018. [Consulta. 19 Jan. 2020] Acesso em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020180620000950000.PDF#page=592

BRITO, Alexis Couto. Execução Penal. 5. Ed. Saraiva. São Paulo: 2019

CAULYT, Fernando. *Brasil, terceira maior população carcerária, aprisiona cada vez mais*. Revista Carta Capital. [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais/

GRECO, Rogério - Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2017.

LYNSKEY, Dorian. *The Ministry of Truth:. The Biography of George Orwell's 1984*. Nova York: Doubleday, 2019

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 7. Ed. Lumen Rio de Janeiro, 2011

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Projeto "anticrime"e Banco Nacional de Perfil Genético: nem tudo que reluz é ouro*. Acesso em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal teoria crítica*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

TEJADA, Rodrigo Collares. *O regime Disciplinar Diferenciado (RDD) e as Regras de Mandela: O Direito Internacional e o Futuro Julgamento da ADI 4162, STF*. DPU. Acesso em https://dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed_2016_110_RodrigoCollares_Paper.pdf